This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

L.L.

Italy
35
H882a

L.L.

Italy
35
H882a

LE

CODE CIVIL ITALIEN

ET

LE CODE NAPOLÉON

I

ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉE

ESQUIROU DE PARIEU

Vice-Président du Conseil d'État, membre de l'Institut de France.

TRAITÉ DES IMPOTS

CONSIDÉRÉS SOUS LE RAPPORT HISTORIQUE, ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER

DEUXIÈME ÉDITION

Revue et augmentée par l'auteur.

1866-1867. 4 vol. in-8. — Prix : 30 fr.

..... La modération, l'exactitude, l'examen minutieux de tous les aspects d'une question, le désir de tout faire connaître, tout apprécier, la balance équitable de toutes les considérations : tel est, à notre avis, le caractère dominant du livre remarquable de M. le président de Parieu. (SIREY-DEVILLENEUVE, 1er cahier de janvier 1867.)

BEUDANT

Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

PRÉCIS THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT PÉNAL

1868. 1 fort vol. in-8. — Prix : 9 fr.

..... Réunir les principes désormais acquis de cette science, rechercher leur origine historique et leur fondement rationnel, constater leur influence sur la fixation des pénalités et l'organisation des juridictions, offrir, en un mot, un résumé théorique et pratique où rien ne soit omis pour comprendre la loi dans son texte, la connaître dans son esprit et la suivre dans son application : tel est le but de cet ouvrage.

WORMS

Professeur agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

SOCIÉTÉS

PAR ACTIONS ET OPÉRATIONS DE BOURSE

1868. 1 vol. in-8. — Prix : 7 fr. 50

Ce livre indique suffisamment déjà, par son titre, qu'il est consacré tout entier aux graves questions financières, qui, pour être liées à l'intérêt général aussi bien qu'à l'intérêt des particuliers, ont pris aujourd'hui la première place dans les préoccupations publiques. Le nom de l'auteur et la couronne qui a été accordée à son ouvrage indiquent assez que ces questions n'ont pas été traitées seulement par lui en financier, mais encore en moraliste, en jurisconsulte, en économiste et en écrivain attentif aux grands intérêts politiques de son pays.

CORBEIL. — Typ. et stér. de CRÉTÉ.

LE

CODE CIVIL ITALIEN

ET

LE CODE NAPOLÉON

ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉE

PAR

M. TH. HUC

PROFESSEUR DE CODE NAPOLÉON A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MEMBRE DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION, CHEVALIER DES SS. MAURICE ET LAZARE

DEUXIÈME ÉDITION, CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

suivie d'une

TRADUCTION COMPLÈTE DU CODE CIVIL ITALIEN

Annotée et augmentée d'une Conférence de ses articles avec l'ancien Code Sarde et le Code Napoléon

PAR

M. JOSEPH ORSIER

AVOCAT,

MEMBRE DE LA SOCIÉTÉ FLORIMONTANE D'ANNECY,

ET DE LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE D'ARCHÉOLOGIE.

TOME PREMIER

ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉE

PARIS

COTILLON, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

ÉDITEUR DE LA REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

24, rue Soufflot, 24

1868

Droits de reproduction et de traduction réservés.

BODLEIAN
25 MAR 1977
P
LAW LIBRARY

AVERTISSEMENT POUR LA DEUXIÈME ÉDITION.

L'extrême faveur avec laquelle ont été accueillies en France et en Italie nos études sur *le Nouveau Code italien et le Code Napoléon*, nous encourage à en offrir au public une deuxième édition.

En vue de cette publication nouvelle, nous avons donc soigneusement revisé notre premier travail, en tenant compte des observations critiques qui nous ont été faites, et sur quelques points nous avons ajouté des développements nouveaux. Notre but, en effet, n'était pas seulement de faire connaître en France l'esprit du *Nouveau Code civil italien*, mais encore d'examiner certaines graves questions législatives qui sollicitent de nos jours l'attention des publicistes et des jurisconsultes.

Enfin, et pour déférer à un vœu que nous avons souvent entendu exprimer, nous joignons à nos *Études* une traduction complète du *Nouveau Code civil italien*. Cette traduction est l'œuvre personnelle de M. Orsier, avocat à Annecy, qui a bien voulu s'associer à nos travaux. S'il ne nous appartient pas de faire ici l'éloge d'un collaborateur aussi distingué, il nous sera du moins permis de dire que sa traduction est de la plus rigoureuse exactitude, et bien faite pour rendre facile à tous l'appréciation exacte quant à l'esprit, et même quant à la formule, de l'œuvre du législateur italien.

Il nous reste maintenant à exprimer notre vive gratitude pour les jurisconsultes français et italiens qui ont bien voulu nous adresser une adhésion sympathique. Nous devons nommer en première ligne nos excellents collègues et amis MM. Paul Gide et Boissonade, de la Faculté de Paris; et Rozy, de la Faculté de Toulouse, qui, par leurs notices bibliographiques empreintes d'une si grande bienveillance, ont si fort contribué au rapide succès de notre travail.

Mais c'est surtout de l'Italie que nous sont venus les plus nombreux et les plus chaleureux encouragements. Nous n'oublierons jamais les marques de sympathie que nous avons reçues de la part des jurisconsultes italiens, et ils nous permettront d'inscrire ici leurs noms, autant pour nous honorer

nous-même que pour leur donner un témoignage public de notre reconnaissance. — Nous voulons parler de MM. Vacca, Pisanelli et de Falco, anciens ministres; de notre excellent ami, M. Antonio Fulci, de l'Université de Messine; de MM. Precerutti, de l'Université de Turin; Jannuzzi, de celle de Ferrare; Pessina, de celle de Naples; Cavagnari, de celle de Parme; de MM. Luigi Tufano, avocat à Naples; Giorgio Curcio, juge à Bologne; de Stefani Nicolosi, avocat à Catane; Gaetano Foschini, préteur à Vasto, dans les Abruzzes; Riccardo Mitchell, recteur de l'Université de Messine, Antonio Silva, chanoineet vicaire général de Plaisance, etc., etc. Mais celui à qui nous devons le plus, c'est notre bon et illustre ami, M. le commandeur Buniva, de l'Université de Turin, qui nous a inspiré la première pensée de notre travail, et nous l'a rendu facile par ses précieuses indications.

Enfin M. Alfonso Cavagnari, professeur de droit constitutionnel et administratif à l'Université de Parme, et honoré de la charge de maire de cette importante cité, a bien voulu publier une élégante traduction de notre livre, et le recommander ainsi à la jeunesse italienne, par l'autorité de son nom et de son caractère.

Dans la remarquable préface mise en tête de cette traduction, M. Cavagnari fait ressortir avec force le caractère éminemment progressif de l'œuvre des législateurs italiens, et il termine par ces paroles exprimant une espérance à laquelle nous nous associons énergiquement :

« *Facendo tesoro delle aspirazioni e dei voti della scienza, degli illuminati suggerimenti e degli ammaestramenti della giurisprudenza potrà certamente l'Italia vantarsi del miglior codice civile. Al quale lavoro se potrebbe ora forse malamente attendere travagliata e commossa come è attualmente da gravi questioni politiche ed economiche, porrà essa ardita e sicura la mano quando uscita dalle miserevoli condizioni in cui l'hanno travolta e la malignità degli uomini e la contraria fortuna, potrà finalmente senza vane declamazioni, ma veramente libera e severa riprendere il posto che le si compete fra le piu distinte nazioni dell' Europa civile. Oh! sia presto un tal giorno!* »

Août 1867.

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

« Tout annonce que nous marchons vers une grande unité, » disait, il y a bientôt un demi-siècle, le plus éloquent défenseur qu'ait jamais eu le passé [1]. Que dirait aujourd'hui le comte de Maistre, s'il vivait encore et s'il lui était donné de mesurer le chemin parcouru depuis? Ne trouverait-il pas que l'humanité a marché vite; et l'unité qu'il entrevoyait n'est-elle pas à la veille d'être réalisée?....

La promulgation en France du Code Napoléon a été certainement, du moins dans la période moderne, le plus grand pas fait dans cette voie mystérieuse, et, depuis cet événement mémorable, les peuples semblent ne s'être agités que pour obtenir à leur tour une législation semblable.....

Dans l'ordre économique, des traités de commerce ont fait tomber les anciennes barrières; la propriété intellectuelle a été réciproquement garantie entre la plupart des nations de l'Europe : le Congrès de Paris de 1856 a fait faire au droit public international un remarquable progrès; et ce puissant mouvement, dont l'initiative appartient à la France, ne sera pas sérieusement entravé; il aboutira à son terme final, l'unité ; non pas cette unité politique, rêvée par les partisans d'une monarchie universelle, mais, au contraire, l'unité de législation fondée sur le respect des nationalités.

Ce résultat sera dû à l'action combinée du droit et de la diplomatie.

(1) *Soirées de Saint-Pétersbourg*, Lyon, 1850, t. I, p. 155.

Le développement scientifique et pratique du droit privé dans chaque nation conduira peu à peu tous les peuples à adopter un Code de lois civiles calqué sur notre Code Napoléon, *ce grand type des Codes modernes,* suivant l'expression d'un jurisconsulte italien.

En même temps, les traités internationaux s'efforceront, dans chaque pays, de faire retrouver à l'étranger sa patrie absente, en lui accordant les garanties les plus efficaces..... Ce sera là, plus particulièrement, l'œuvre de la diplomatie qui, dans cet ordre d'idées, sera réellement *le pouvoir constituant de l'Europe.*

Aussi, un jour viendra où le voyageur, allant d'un pôle à l'autre, trouvera partout les mêmes lois, la même protection, peut-être la même langue.....

En comparant le Code civil italien avec notre Code Napoléon, nous avons voulu étudier l'une des manifestations les plus remarquables de cette tendance vers l'unité. De plus, et au point de vue purement scientifique, il nous a paru qu'il n'était pas sans intérêt de rechercher de quelle manière l'Italie avait adapté à son organisation nouvelle la législation libérale et progressive de la France. Cette Étude aura son utilité, même pour savoir dans quel sens pourront être, un jour, développés les principes formulés dans notre Code Napoléon.

Décembre 1865.

LE

CODE CIVIL ITALIEN

ET

LE CODE NAPOLÉON

PREMIÈRE PARTIE

PREMIER LIVRE DU CODE ITALIEN

§ 1.

I. Historique de la rédaction du Code civil italien.

I. Le 25 juin 1865, un *Code civil* a été promulgué à Florence pour devenir exécutoire dans toute l'Italie, à partir du 1er janvier 1866. Parmi tous les événements mémorables qui ont successivement transformé et régénéré la Péninsule, il ne s'en est pas produit de plus important ni de plus significatif, car la promulgation d'un *Code unique* les résume tous..... Le but des aspirations séculaires d'une grande nation se trouve ainsi désormais atteint, et par là même ses destinées sont irrévocablement assurées..... Quelles que soient, en effet, les épreuves que l'avenir réserve à l'Italie, quand même il se produirait encore au sein du nouveau

royaume des tentatives rétrogrades, on peut affirmer que ces épreuves seront désormais faciles à supporter, que ces tentatives trouveront dans le Code qui vient d'être promulgué un obstacle insurmontable.....

C'est qu'en effet l'un des grands avantages de toute codification est de donner une formule aux progrès divers accomplis dans l'ordre civil, d'indiquer avec précision la différence qui sépare le passé du présent, de faciliter et simplifier les rapports juridiques en donnant aux intérêts privés une règle et une sanction uniformes, indépendantes de l'arbitraire et du bon plaisir. Enfin, lorsqu'un Code suffisamment bien fait a fonctionné pendant quelque temps chez un peuple, il arrive bientôt que l'état des personnes, la stabilité des héritages, la sécurité des fortunes et des positions acquises, que tout en un mot repose sur le maintien de ce Code, et qu'un retour vers le passé devient moralement et matériellement impossible.

Le nouveau Code italien est tout à fait calqué sur notre *Code civil*, ou plutôt c'est le Code civil français adapté aux besoins de l'Italie. Il ne pouvait pas en être autrement. Le Code Napoléon, fondé sur les principes de l'égalité civile et de la tolérance, régit déjà les deux tiers du monde civilisé, et il est permis de penser qu'il sera un jour adopté chez tous les peuples... C'est là un immense honneur pour la France; car lui emprunter sa législation, c'est lui rendre le plus éclatant des hommages!...

Mais s'il est vrai de dire que le Code Napoléon est coordonné dans son ensemble, et, en général, formulé de manière à pouvoir être proposé comme modèle, il faut cependant reconnaître qu'il est souvent défectueux dans les détails

et qu'il présente quelques lacunes. Il s'est même trouvé des jurisconsultes et des publicistes qui n'ont pas hésité à en demander la révision, et un jour viendra où ce travail de révision sera réellement nécessaire [1]. Alors, l'un des éléments les plus importants de cette révision sera évidemment l'opinion des peuples qui auront déjà adopté notre Code comme base de leur loi civile. Aussi est-il intéressant pour nous, Français, de savoir quel a été, en Italie, le résultat de la critique juridique appliquée au Code Napoléon. C'est ce résultat dont j'ai cherché à me rendre compte en comparant le Code civil italien avec notre Code civil qui lui a servi de type. Nous verrons ainsi à quelles tendances ont obéi les légistes italiens, et quelles sont les modifications qu'ils ont dû faire subir à notre Code pour le mettre en harmonie avec les besoins de leur patrie, et aussi avec les progrès de la science.

A peine rendue à elle-même, l'Italie s'est occupée sans retard, et avec raison, de son unification législative. En effet, deux décrets, des 24 décembre 1859 et 25 février 1860, composèrent une commission pour la rédaction d'un projet de Code civil. Ce projet, ordinairement appelé : *Projet Cassinis*, fut présenté à la Chambre des députés et au Sénat les 19 et 20 juin 1860 ; mais il n'aboutit pas.

Après la mort du comte de Cavour, le commandeur Miglietti, étant devenu garde des sceaux dans le cabinet pré-

[1] M. Batbie, professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris, a publié dans le *Correspondant* (liv. du 25 janvier 1866, p. 90), un article sous ce titre : *Révision du Code Napoléon*. Cet économiste propose quelques remaniements du Code Napoléon *dans un sens favorable à la liberté des parties qui agissent ou contractent.*

sidé par le baron Ricasoli, prépara un nouveau projet qui fut officiellement présenté au Sénat dans la séance du 9 janvier 1862. M. Miglietti fut quelque temps après remplacé par M. Conforti. Ce dernier déclara accepter le projet présenté par son prédécesseur, mais sous la réserve d'y introduire quelques modifications. Mais M. Conforti quitta le ministère sans avoir eu le temps d'élaborer un nouveau projet. Il eut pour successeur l'avocat Pisanelli, député et professeur de droit à l'Université de Naples. Le nouveau garde des sceaux se mit énergiquement à l'œuvre : il consulta cinq commissions établies à Naples, Turin, Palerme, Milan et Florence ; de sorte que les représentants les plus autorisés de la science du droit dans les diverses parties de l'Italie furent appelés à concourir à la formation du nouveau Code. Le ministre lui-même s'occupa personnellement de la rédaction du projet, qui fut bientôt en état d'être soumis au Sénat. Le Ier livre fut déposé le 15 juillet 1863, les deux autres le 28 novembre suivant. Chaque livre fut précédé d'un rapport où étaient développés les grands principes qui avaient guidé le ministre et les motifs spéciaux des dispositions les plus importantes.

Le Sénat nomma, le 17 juillet de la même année, une commission de onze sénateurs pour l'examen du projet déposé. Après de longs et importants travaux, la commission sénatoriale présenta un projet entièrement refondu. Ce projet était en général assez d'accord avec celui du ministre ; sur plusieurs questions cependant il s'en écartait d'une manière sensible. Chaque livre eut un rapporteur particulier : M. Vigliani pour le Ier livre ; M. Deforesta pour le IIe, et M. Vacca, depuis garde des sceaux, pour le IIIe.

Après la convention du 15 septembre, le ministère auquel appartenait M. Pisanelli ayant dû se retirer, M. Vacca devint ministre de la justice, et ne fut pas moins empressé de mener à fin l'œuvre importante de l'unification législative.

En effet, dès le 24 novembre 1864, il présentait à la Chambre des députés un projet de loi intitulé : *De l'unification législative du royaume.* Cette loi conférait au gouvernement du roi le pouvoir de promulguer non-seulement le *Code civil* élaboré par la commission du Sénat, mais encore un *Code de procédure civile*, préparé par le garde des sceaux, et plusieurs autres lois fort importantes relatives : à l'organisation judiciaire, à la procédure criminelle, à l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la marine marchande, etc.

Après de graves discussions, le Parlement, intimement convaincu de la nécessité de compléter l'unification politique par l'unification législative, crut nécessaire d'ajouter à la liste des lois destinées à être publiées, le Code de commerce de l'ancien État de Sardaigne, et la loi sur la propriété littéraire, comme aussi de donner au gouvernement les pouvoirs les plus étendus à l'effet d'arriver promptement à une parfaite unité de législation. En conséquence fut votée la loi du 2 avril 1865, dont il importe de citer l'article 2, ainsi conçu :

« Le gouvernement du roi aura le droit d'introduire dans les Codes et dans les lois mentionnés en l'article ci-dessus, les modifications nécessaires pour en coordonner, en chaque matière, les dispositions particulières, tant dans la substance que dans la forme, en se conformant au système et aux principes directifs déjà adoptés, et sans les altérer en rien.

Comme aussi le gouvernement aura le pouvoir de publier, par décret royal, les dispositions transitoires, et toutes autres qui seront nécessaires pour l'exécution complète des mêmes lois. »

Aussitôt investi de ces pouvoirs, le garde des sceaux nomma plusieurs commissions à l'effet de reviser les Codes et lois auxquels se rapportait la loi qui venait d'être votée. On peut dire que la commission chargée du Code civil a refait le projet de la commission sénatoriale. La révision arrêtée par la commission fut presque en son entier adoptée par le ministre, qui se borna à ajouter quelques dispositions nouvelles; enfin, comme nous l'avons déjà dit, le Code civil fut promulgué, et depuis le 1er janvier 1866, il remplace pour le royaume d'Italie les cinq ou six législations diverses qui se partageaient le pays.

Les différents projets, successivement élaborés par ordre du gouvernement italien, et dont nous venons de parler, ont naturellement attiré l'attention des jurisconsultes et des publicistes. Plusieurs professeurs distingués ont publié leurs observations critiques sur les projets de Code civil; ainsi, M. Joseph Buniva, professeur de Code civil à l'Université de Turin, a résumé dans un volume substantiel ses *Études sur le* Ier *livre du projet de Code civil, présenté au Sénat par le commandeur Miglietti*[1]. M. de Stefani-Nicolosi, avocat à Catane, s'est pareillement livré à un *examen critique* du même projet[2]. Ces travaux sont utiles à consulter; ils

[1] *Studii sovra il libro primo del progetto di Codice civile, presentato al Senato del regno d'Italia dal Guardasigilli di S. M. commendatore* Miglietti, *per* Giuseppe Buniva. *Torino*, 1862.

[2] *Sul progetto di Codice civile italiano del ministro di grazia et gius-*

nous montrent comment les jurisconsultes italiens ont accueilli le projet d'un Code unique pour toutes les parties désormais réunies de la Péninsule. Leurs observations n'ont pas été sans influence sur la rédaction définitive de plusieurs dispositions importantes de ce Code. De plus, M. Buniva a figuré d'une manière distinguée dans les commissions chargées de la révision du projet qui a été sanctionné. Aussi, dans l'examen que nous allons faire du Code civil italien, aurons-nous soin de faire connaître, du moins pour le Ier livre, les principales opinions de MM. Buniva et de Stefani-Nicolosi, et parmi les solutions qu'ils proposaient celles qui ont été accueillies et celles qui ont été repoussées.

Nous pourrons aussi tirer grand profit pour cet examen de plusieurs importantes publications qui ont été provoquées par la promulgation du nouveau Code, — car nulle part les études juridiques n'ont été plus en honneur qu'en Italie, cette terre classique de la jurisprudence où les aspirations vers l'avenir n'ont jamais altéré les traditions légitimes du passé. Il était donc facile de prévoir que l'unification législative de la Péninsule donnerait à la science du droit une activité nouvelle. En effet, depuis une année, il a été publié, à l'occasion du nouveau Code, un grand nombre d'écrits remarquables. Parmi ceux qui sont parvenus à notre connaissance, nous citerons les suivants qui nous ont été d'un grand secours :

1° I MOTIVI DEL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA *ordinati*

tizia (MIGLIETTI), *esame critico, dall' avv.* G. de STEFANI-NICOLOSI. *Catania*, 1862.

sotto ciascuno articolo, dall' avvocato Gaetano Foschini, pretore di Vasto, in Abruzzo. *Chieti*, 1867.

Cet important ouvrage est indispensable, non-seulement à ceux qui doivent concourir à l'application du nouveau Code, mais encore aux théoriciens qui voudront en faire une étude purement scientifique. L'auteur, dont nous nous honorons d'être l'ami, et qui était connu depuis longtemps par d'importants travaux sur la législation criminelle, a fait pour le Code italien ce que firent jadis pour notre Code civil *Locré* et *Fenet;* c'est dire qu'il a rendu à la science un immense service en réunissant sous chaque texte les *motifs* qui doivent en fixer le vrai sens juridique et en faciliter l'intelligence.

2° Sul Codice civile *del regno d'Italia*, Lettere di Giorgio Curcio. *Bologna*, 1866. — Sous la forme de simples lettres, M. Curcio a fait une œuvre critique des plus ingénieuses et des plus savantes du nouveau Code italien. Si l'on n'est pas toujours disposé à accepter les idées de l'auteur, il est impossible de n'être pas toujours frappé par l'originalité de ses aperçus. Nous aurons plusieurs fois occasion de citer ce travail intéressant à plusieurs points de vue.

3° Il Codice civile *del regno d'Italia, commentato dall' avvocato cav.* Antonio Fulci, *insegnante privato di diritto e procedura, nella R. Università di Messina, vice-preside e professore di diritto ed economia publica nel R. Instituto tecnico. Messina*, 1865. (Le premier volume seul a paru.)

Le *Commentaire* publié par M. Fulci est élémentaire et principalement destiné aux étudiants. Il est écrit avec une grande précision et une grande clarté, et contient l'examen des doctrines des principaux jurisconsultes français. A ce

titre il mérite d'être signalé ici. M. Fulci a résumé dans ce commentaire ses *Lezioni di dritto civile* qui avaient obtenu un succès mérité.

4° Delle Successioni legittime e testamentarie, *secondo il Codice civile del regno d'Italia*, trattato *del commendatore* Giuseppe Buniva, professore di Codice civile, dottore aggregato alla facoltà di leggi nella R. Università degli studi di Torino, e membro corrispondente dell' accademia di Legislazione di Tolosa (Francia). *Torino*, 1867.

Cet ouvrage est sans contredit l'un des plus remarquables qu'ait produits la littérature juridique italienne, et il mérite d'être connu en France, où sont encore agitées tous les jours à la tribune et dans la presse plusieurs des graves questions traitées par le savant professeur avec sa hauteur de vues et son érudition ordinaires.

Tous les ouvrages que nous venons de mentionner, et quelques autres encore, nous aideront à compléter notre travail et à lui donner une physionomie nouvelle.

Voici l'ordre que nous adopterons dans cette étude :

En premier lieu nous décrirons l'aspect général du Code civil italien comparé au Code civil français. Ensuite nous examinerons en particulier chaque livre et chaque titre, autant du moins que l'importance de la matière le demandera ; nous négligerons les détails secondaires, car il n'entre pas dans nos vues d'écrire un commentaire. Nous nous attacherons seulement à signaler et à apprécier les différences les plus importantes soit au point de vue doctrinal, soit au point de vue social, qu'on retrouve entre le Code italien et son modèle.

§ 2.

I. Description générale du Code italien.

I. Le Code civil italien présente, comme le Code français, un titre préliminaire sur *la publication*, *l'interprétation* et *l'application de la loi en général;* seulement ce titre précède le Code sans en faire partie, et se compose de douze articles ayant un numérotage spécial. C'est seulement après ces dispositions que se trouve la rubrique générale : *Code civil du royaume d'Italie*, et que le Code commence réellement par le livre Ier, *Des personnes*, dont le 1er article porte le n° 1. On a procédé ainsi parce que les règles concernant la publication, l'interprétation et l'application des lois, ne peuvent pas être logiquement rattachées au Code civil plutôt qu'à tout autre Code ; elles constituent des règles supérieures qui dominent et régissent toutes les lois sans distinction, ou qui se réfèrent au droit international privé. D'un autre côté, il n'était pas possible d'insérer ces dispositions dans le *Statut constitutionnel*, car cela les aurait rendues obligatoires même pour le législateur, et tout le monde reconnaît que les règles dont nous parlons n'ont pas assez d'importance pour être érigées à la hauteur d'un principe constitutionnel. Aussi a-t-on bien fait de les placer, non *dans* le Code civil, mais *avant* ce Code, et de les promulguer en même temps.

Le Code italien est conçu tout à fait sur le plan du Code français ; il présente absolument les mêmes divisions et subdivisions. Seulement, dans chaque livre, il a parfois été apporté quelque changement dans l'ordre des titres, chapitres

et sections. Ces changements, qui sont de médiocre importance, s'expliquent presque toujours par des raisons de méthode. Ainsi dans le livre Ier, *Des personnes*, le titre : *Des actes de l'état civil*, qui forme le IIe dans le Code français, forme au contraire le XIe et dernier du Ier livre dans le Code italien. Cela est plus rationnel; c'est en effet après avoir indiqué les diverses circonstances qui peuvent influer sur l'*état civil* de la personne qu'il convient de poser les règles concernant la *preuve* de cet état lui-même.

Dans le livre IIe ayant pour objet : *Des biens, de la propriété et de ses modifications*, on retrouve aussi les mêmes rubriques que dans le livre correspondant du Code Napoléon. Notons cependant qu'il en contient deux de plus : l'une relative à l'état de *communauté*, et l'autre relative à la *possession*. Nous aurons plus tard à en apprécier la valeur scientifique.

Le livre IIIe ayant pour rubrique : *Des modes d'acquisition et de transmission de la propriété et des autres droits sur les choses*, est également semblable au même livre de notre Code civil. Mais on aura déjà remarqué que la rubrique italienne est plus exacte que la rubrique française. Car tous les auteurs font observer qu'en ne parlant que de l'*acquisition de la propriété*, les rédacteurs du Code Napoléon avaient l'air d'exclure tout ce qui concerne les *droits de créance*, c'est-à-dire l'un des points les plus importants du IIIe livre.

Les matières sont en outre classées dans ce troisième livre avec plus d'ordre et de méthode que dans son modèle. Ainsi, dans le Code français, les règles relatives à l'acceptation et à la répudiation des successions, aux partages et

rapports, etc., règles qui sont applicables aux successions testamentaires comme aux successions légitimes, sont intercalées entre les dispositions concernant ces deux genres de successions, et rattachées au titre des *Successions légitimes* dont elles forment plusieurs chapitres; de sorte qu'elles précèdent le titre relatif aux donations entre-vifs et testaments. Enfin, ce qui a trait aux donations entre-vifs et testaments forme l'objet d'un titre unique ; aussi les dispositions concernant ces deux matières sont-elles souvent confondues ensemble.

Dans le Code italien, un ordre plus régulier a été adopté. On s'occupe d'abord des successions légitimes, ensuite des successions testamentaires, et c'est alors qu'on rencontre les dispositions qui leur sont communes et qui touchent à l'acceptation et répudiation, aux partages et rapports, etc. Quant aux donations, elles forment l'objet d'un titre spécial qui vient immédiatement après. Notons encore que les rédacteurs du Code italien ont rattaché avec raison le partage d'ascendants aux successions testamentaires.

Les diverses rubriques du titre des *Obligations* sont également mieux coordonnées entre elles que dans le titre correspondant de notre Code. Ainsi la théorie de la preuve termine tout à fait la matière, au lieu de figurer parmi les différentes espèces d'obligations. Dans les titres suivants, les différents contrats sont également mieux placés : ils sont d'ailleurs les mêmes que ceux dont s'occupe notre Code, sauf l'emphytéose qui méritait d'être spécialement réglementée, parce qu'elle est fort en usage en Toscane et en Sicile, où elle sera souvent pratiquée à cause des nombreux défrichements qui restent à faire.

La matière des hypothèques s'ouvre par un titre des plus importants : celui de la *Transcription*, et en contient un autre spécialement consacré à la *Séparation des patrimoines*.

Enfin le Code italien se termine, comme le nôtre, par les dispositions relatives à la prescription.

Tel est l'aspect général que présente le Code italien comparé au Code Napoléon. Il contient 2,147 articles, lesquels, avec les 12 articles des dispositions générales préliminaires, donnent un total de 2,159. Il contient donc 122 articles de moins que notre Code civil qui en compte 2,281. Si l'on remarque, en outre, que le Code italien contient plusieurs titres qui n'ont pas d'équivalents dans le nôtre, tels que les titres relatifs à la communauté, à la possession, à l'emphytéose, à la transcription, on sera porté à croire qu'il se distingue par une plus grande précision de style, et qu'il possède à un bien plus haut degré cette énergique concision qui doit former le caractère saillant des bonnes codifications.

Nous regrettons que cette opinion ne nous paraisse pas conforme à la vérité, et il nous a semblé qu'après les nombreux travaux critiques dont le Code Napoléon a été l'objet en Italie aussi bien qu'en France, on aurait pu espérer une rédaction plus ferme et plus nerveuse. La concision juridique ne doit pas, en effet, se mesurer d'après le nombre des articles, mais d'après leur contenu. Si, malgré l'insertion de quelques titres nouveaux, le Code italien contient encore moins d'articles que le Code Napoléon, cela tient à ce qu'on a eu soin d'élaguer tout ce qui concernait les étrangers et le droit international privé ; qu'il n'y est pas le moins du monde question des effets des condamnations pénales sur

l'exercice et la jouissance des droits civils ; que la théorie de la *cession des biens* n'a pas été admise, et qu'enfin on a renvoyé au Code de procédure ou au Code pénal toutes les dispositions qui paraissaient pouvoir y trouver place. Mais on peut affirmer qu'il y avait encore bien d'autres suppressions à faire. Ainsi, tous les articles du Code Napoléon qui contiennent soit des définitions, soit des règles d'interprétation, ou des applications évidentes et forcées de principes déjà formulés, ont été soigneusement reproduits par les rédacteurs du Code italien, qui sont allés jusqu'à traduire nos règles d'*interprétation des conventions*. Ces défauts, qui étaient déjà très-apparents dans le projet Miglietti, avaient choqué plusieurs jurisconsultes. MM. de Stefani-Nicolosi et Buniva, notamment, ont demandé que l'on fît disparaître ces dispositions banales, inutiles quand elles ne sont pas dangereuses, et qui, dans tous les cas, sont du ressort exclusif de la doctrine et non pas du législateur. Mais ces observations n'ont pas eu de succès. Il est vrai que, sous ce rapport, le dernier projet présenté par la commission sénatoriale ne renchérissait pas sur le Code Napoléon, mais il n'en est pas de même du texte définitif qui a été promulgué, et qui présente un bien plus grand nombre de dispositions sans utilité.

Quoi qu'il en soit, le coup d'œil général que nous venons de jeter sur le Code italien suffit pour démontrer que cette œuvre législative procède directement du Code civil français. Elle a le même but : celui de consacrer d'une manière désormais définitive pour toutes les parties de la Péninsule la séparation, encore incomplète sur quelques points, des lois civiles d'avec les lois politiques et administratives, en

réduisant le droit civil à son objet propre : la direction de l'individu, de la famille et de la propriété dans les rapports privés.

Le Code de Victor-Emmanuel est donc une imitation indépendante du Code Napoléon, et c'est une *étude de législation comparée* que nous allons faire. C'est dire que nous négligerons en général le côté purement historique, sans néanmoins vouloir en méconnaître l'utilité, et que nous nous attacherons surtout au côté scientifique, social et économique. D'ailleurs ceux qui seraient curieux de rechercher quelle part d'influence revient à l'ancien droit quant à la formation du droit nouveau, pourront consulter les remarquables travaux de M. le comte Sclopis sur l'histoire de la législation en Italie en même temps qu'une brillante généralisation écrite sur le même sujet par M. Paul Gide [1], et enfin une étude sommaire du Code italien récemment publiée par un éminent jurisconsulte polonais, M. le sénateur Romuald de Hubé [2].

[1] *De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie*, par Paul Gide, agrégé à la Faculté de droit de Paris (extrait de la *Revue historique du droit français et étranger*, n° de juillet-août 1866).

[2] *Kodex cywilny Wloski z Roku* 1865. Przez Romualda Hubego. Warszawa *w Drukarni gazety Polskiej*, 1866. M. de Hubé possède à Varsovie une immense bibliothèque qui est incontestablement la plus riche de l'Europe sous le rapport juridique ; elle contient en effet les éléments d'une histoire universelle du droit et des institutions sociales chez tous les peuples.

M. de Hubé, préparant en ce moment une histoire du droit en Italie, a été par là amené à classer et à reconnaître les innombrables documents législatifs, manuscrits ou imprimés qu'il possède, concernant spécialement cette partie de l'Europe. Il a en conséquence rédigé et publié un catalogue détaillé dans lequel sont indiqués d'abord les monuments du droit général de l'Italie, rangés d'après

§ 3.

I. Dispositions générales. — De la publication des lois.
II. Des meubles et immeubles appartenant à des étrangers.
III. Règle : *Locus regit actum.*

I. Les dispositions générales qui précèdent le Code italien présentent quelques innovations qu'il importe de signaler.

L'article 1er s'écarte complétement du système du Code Napoléon en ce qui concerne la *publication des lois.* Au lieu d'admettre pour les diverses parties du territoire italien des délais successifs, après lesquels la loi serait censée connue, le Code italien préfère avec raison adopter un délai unique, et décide en conséquence que la loi sera partout exécutoire le quinzième jour après sa publication.

Cette réforme était indispensable. Depuis longtemps, en effet, les jurisconsultes les plus autorisés reconnaissent que le système des délais successifs, encore en vigueur en France, est tout à fait mal conçu :

« Je suis de plus en plus persuadé, a écrit M. Demolombe [1], que le mode actuel de publication de nos lois appelle des améliorations. J'aimerais mieux, pour mon compte, que la loi nouvelle devînt, après un certain délai, obligatoire le même jour dans tout l'empire. Ce moyen

les nationalités des divers peuples qui ont occupé ce pays, ensuite les documents particuliers de chaque contrée suivant l'ordre alphabétique des divers États et cités. M. Victor Molinier, professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Toulouse, a présenté à l'*Académie de législation* un très-intéressant rapport sur cet important catalogue. Voy. *Recueil de l'Académie,* tome XIV (1865), p. 274.

[1] *Cours de Code Napoléon*, 2e édit., t. I, n° 31, p. 35.

n'aurait pas d'inconvénients, puisque le gouvernement peut, en cas d'urgence, en accélérer la publication, et il aurait le grand avantage de prévenir toutes les difficultés dont je viens de parler. Il est vrai qu'elles n'ont été, à ma connaissance du moins, soulevées nulle part, et que dès lors, on peut me dire qu'elles sont plus hypothétiques que réelles; mais il est certain, du moins, qu'elles sont possibles, et que la rapidité merveilleuse des moyens actuels de communication peut les élever quelques jours dans la pratique. »

La cour d'appel de Lucques s'était préoccupée, au sujet de cette question, de la possibilité de la fraude. Est-ce que, en effet, durant l'intervalle qui s'écoulera entre le moment où la loi sera connue en fait et celui où elle deviendra légalement obligatoire, les particuliers ne pourraient pas préparer les moyens d'en éluder les dispositions? Cela est vrai; mais dans ses *Études sur le projet Miglietti* [1], M. Buniva fit remarquer avec raison que le même danger existait avec le système des délais successifs, et que ce danger est inévitable à une époque où les moyens de publicité sont aussi considérables et aussi prompts.

De cette remarque, il résulte que désormais le pouvoir législatif devra user plus souvent du droit qui lui appartient de déclarer dans le texte même de la loi qu'elle devra produire son effet à partir de la date même de sa promulgation. Il est des cas où une telle déclaration est indispensable; la loi du 22 juillet 1867 portant abolition de la contrainte par corps en matière civile, en présente un exemple saisissant. Cette loi ne devenant en effet exécutoire sur les divers points

[1] Page 19.

du territoire français qu'après l'expiration de délais successifs déterminés par la distance, il en résultait :

1° Que les détenus pour dettes qui étaient dans la prison de Paris ont dû être élargis le surlendemain de la promulgation de la loi, tandis que les détenus qui se trouvaient dans les prisons des départements les plus éloignés n'ont pu être élargis que huit ou neuf jours plus tard;

2° Que dans les localités les plus éloignées un créancier aurait pu faire incarcérer son débiteur postérieurement à la publication de la loi et malgré la notoriété de cette publication; ce qui n'aurait pas été possible dans d'autres localités plus rapprochées du centre de publication.

Or il est manifeste que le mode de promulgation par l'expiration d'un délai unique ne paraît pas de nature à empêcher de tels inconvénients de se produire pendant la durée de ce délai; de plus, et pendant la durée de ce même délai, les détenus de Paris seraient demeurés en prison, de sorte que leur position aurait été aggravée par l'effet du nouveau mode de promulgation. Aussi des lois de cette nature devraient toujours contenir une disposition les déclarant exécutoires du jour de leur promulgation [1].

II. Les autres dispositions préliminaires contiennent encore d'autres innovations notables.

Ainsi, l'article 7 déclare que *les biens meubles sont soumis à la loi de la nation du propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays dans lequel ils se trouvent.* Voilà donc tranchée, dans le sens le plus favorable aux étrangers, une importante question de droit international privé qui, en

[1] La loi du 25 messidor an III en résente un exemple.

France, a donné lieu à plusieurs opinions différentes. Mais est-il bien sûr que l'article 7 du Code italien soit rédigé de manière à éviter toute difficulté? Nous croyons qu'il est permis d'en douter, et que son application ne tardera pas à en faire naître plus d'une, car le texte ne distingue pas entre les meubles considérés individuellement et les universalités de meubles, et il y a telle circonstance où cette distinction doit forcément être admise.

L'article 7 ajoute que *les immeubles sont régis par la loi en vigueur au lieu de leur situation.*

L'article 8 est également important à connaître; il est ainsi conçu : *Les successions légitimes et testamentaires, soit quant à l'ordre de succéder, soit quant à la mesure des droits successoraux et à la validité intrinsèque des dispositions, sont régies par la loi de la nation à laquelle appartenait le défunt, quelle que soit la nature des biens, et dans quelque pays qu'ils soient situés.*

Cette solution est facile à comprendre en elle-même; mais ce qui nous paraît difficile à saisir, c'est, à l'égard des meubles, la véritable économie de cet article combiné avec l'article précédent.

Lorsqu'on se demande, en effet, par quelle loi doivent être régis les immeubles, et par quelle les meubles, où est le principal, je dirai presque le seul intérêt de la question? Evidemment dans l'hypothèse d'une succession ouverte. Or, l'article 8 décide qu'en matière de succession, la dévolution des biens, *quelle que soit leur nature*, se règle d'après la loi de la nation à laquelle appartenait le défunt. On voit tout de suite ce qui doit arriver pour les immeubles possédés en Italie par un étranger dont la succession est ouverte. Ce

immeubles seront régis par la loi italienne (art. 7, § 2), sauf en ce qui concerne leur dévolution par succession, qui sera réglée par la loi étrangère (art. 8). Mais *quid* à l'égard des meubles trouvés en Italie?... Déjà, d'après l'article 7, ils étaient déclarés soumis à la loi du pays de leur propriétaire; l'article 8 ne change rien à cela, en déclarant que leur dévolution par succession aura lieu d'après la loi du pays de leur propriétaire. L'article 8 paraissait donc au moins inutile en ce qui concerne les meubles, après l'article 7 ; ou bien il était inutile de parler des meubles dans l'article 7, du moment qu'on était dans l'intention de déclarer dans l'article 8 que la dévolution des successions aurait toujours lieu d'après la loi personnelle au défunt. Il est vrai que, pour justifier ces deux articles, on peut dire : L'article 7 a pour but de confirmer la règle : *Mobilia sequuntur personam*, qui, désormais, aura la portée d'un principe de droit international, et l'article 8 a pour but de trancher les controverses que cette règle soulevait en matière de succession. Mais comme la règle : *Mobilia sequuntur personam*, ne peut avoir d'application raisonnable qu'en matière de succession, notre critique subsiste toujours. Aussi, craignons-nous bien que ces deux articles ne soient, dans la pratique, une source de complications qu'il eût été facile d'éviter. On pourrait soutenir, en effet, que l'article 8 étant spécial à la matière des successions, il faut nécessairement admettre, pour trouver un sens utile à l'article 7, que ce dernier article doit s'appliquer à toutes les hypothèses, autres que celles d'une transmission de succession, où il sera question de meubles appartenant à un étranger. A l'aide de cette façon d'argumenter, qui trouvera un point d'appui sérieux sur le

texte de la loi, on pourra soutenir les théories les plus singulières quand il s'agira de questions de voies d'exécution, de priviléges, de prescriptions soulevées à propos de meubles. Or, il est manifeste que les rédacteurs du Code italien n'ont pas entendu soumettre à la loi étrangère les questions de cette nature; et, malgré les termes malheureux de l'article 7, nous pensons que leur doctrine se réduit à ceci :

« Les meubles, individuellement considérés, seront régis par la loi du pays où ils se trouvent, mais leur transmission par succession ou par testament sera régie par la loi du pays de leur propriétaire. »

III. Voyons maintenant comment les rédacteurs du Code italien ont organisé l'application de la maxime : *Locus regit actum*. Les divers cas d'application de cette règle sont indiqués avec soin et précision dans les articles 9 et 10. Mais il résulte de l'article 12 que les dispositions *prohibitives* de la loi à laquelle on est soumis et concernant les personnes, les biens, les actes, l'ordre public et les bonnes mœurs, dérogent à la règle : *Locus regit actum*. Au premier abord, on pourrait croire que cela n'avait pas besoin d'être formulé en précepte législatif, et que la doctrine pouvait facilement arriver toute seule à cette conception. Cela est évident lorsque l'ordre public et les bonnes mœurs sont, en effet, engagés dans la question. Mais il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit de conventions ou dispositions licites concernant les personnes ou les choses. C'est parce que le Code français ne contient pas une déclaration semblable que la controverse s'est élevée et dure encore sur plusieurs questions. Ainsi on

se demande, sous l'empire de notre Code, si la règle : *Locus regit actum*, s'applique seulement aux actes authentiques, ou bien aussi aux actes sous seing privé ? L'article 12 des dispositions générales qui précèdent le Code italien, tranche, à cet égard, toute difficulté. La question sera de savoir, lorsque la loi exige un acte authentique, si elle a un caractère prohibitif à l'égard de l'écrit sous seing privé, si elle a été rédigée dans le but d'exclure cet écrit.

§ 4.

I. Liv. Ier. *Des personnes.* — *Du* STATUS CIVITATIS (Cittadinanza), sa nature.
II. Condition des étrangers.
III. De l'enfant né à l'étranger d'un père qui a perdu sa nationalité.
IV. De l'Italienne qui épouse un étranger, et *vice versâ*.
V. Perte de la nationalité italienne. — Le recouvrement de cette nationalité ou son acquisition n'ont jamais lieu que pour l'avenir.
VI. Du domicile et de l'absence.
VII. De la parenté et de l'alliance.

I. Les dispositions du Code italien, en ce qui concerne le *droit des personnes*, et spécialement la *jouissance et l'exercice des droits civils*, nous ont paru remarquables autant par la largeur des principes qui leur servent de base que par leur clarté et leur précision exceptionnelles.

La matière correspondante est traitée dans le Code Napoléon d'une manière diffuse et souvent obscure. De plus, l'économie de la loi a été plusieurs fois législativement modifiée ; de sorte qu'aujourd'hui, pour la bien comprendre, il faut combiner, avec des articles déjà trop nombreux et même mal rédigés, un grand nombre de lois particulières. Aussi n'y a-t-il que les jurisconsultes qui puissent voir clair au milieu de cette confusion. Cela est fâcheux, car ce

n'est pas pour les jurisconsultes seuls que la loi est faite ; il faut qu'elle soit facilement comprise de tout le monde. Aussi le premier titre du Code Napoléon est-il, à notre point de vue, l'un de ceux dont la révision serait le plus à désirer.

Mais la rédaction italienne l'emportera toujours, à notre avis du moins, sur la rédaction française, parce qu'elle possède certaines expressions heureuses qui font défaut dans notre langue juridique, et qui s'appliquent avec une extrême justesse à la chose qu'elles désignent.

Ainsi, notre article 7, en déclarant que l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *citoyen*, a pour résultat de restreindre le sens du mot *citoyen*, lequel ne peut, en effet, désigner que les Français ayant la jouissance des droits politiques, et ne peut, dès lors, aucunement s'appliquer aux femmes ni aux mineurs de vingt et un ans. Mais il n'y a pas d'expression particulière pour désigner celui qui a la jouissance et l'exercice des droits civils, même de ceux que la loi refuse aux étrangers. On l'appelle tout simplement *Français*. De sorte que tous les *Français* ne sont pas *citoyens*, mais tous les *citoyens* sont nécessairement *Français*. Or, la loi civile a incontestablement le droit de déterminer les conditions sous lesquelles elle admet une personne quelconque à participer aux avantages qu'elle assure à ceux qui vivent sous son empire, avantages dont la réunion forme ce qu'on appelait autrefois le *status civitatis*.

Pareillement, la loi civile a aussi le droit de priver de toute participation au *status civitatis* les personnes qui auront méconnu ses prescriptions. Malheureusement, le législateur français, qui ne pouvait pas refaire la langue, a dû

employer des expressions un peu équivoques, quoique d'ailleurs parfaitement légitimées par l'usage. En conséquence, il a parlé de l'*acquisition* et de la *perte de la* QUALITÉ DE FRANÇAIS. Ce sont ces expressions mal comprises qui ont provoqué, de la part de quelques publicistes, il est vrai absolument étrangers à la science du droit, d'acrimonieuses critiques contre le Code Napoléon. La nationalité, ont-ils dit, est indépendante de toute déclaration du législateur ; elle résulte d'un fait qu'il n'est au pouvoir d'aucune loi de détruire, et le Code ne peut pas faire que celui qui est Français cesse de l'être, pas plus qu'il ne peut rendre Français celui qui ne l'est pas. Il est vrai que cette critique est puérile et ne mérite pas même les honneurs d'une réfutation, quoiqu'elle ait fait impression sur certains esprits. Aussi n'en parlons-nous que pour faire remarquer qu'elle a été seulement rendue possible par l'équivoque des expressions consacrées : *Acquisition ou perte de la qualité de Français.*

La terminologie juridique italienne est, à cet égard, préférable. Il n'y est jamais question d'acquérir ou de perdre la qualité d'*Italien ;* le mot *nationalité* n'est pas même prononcé dans le Code. C'est le mot *citoyen* qui seul est employé, ainsi que le mot *cittadinanza*, extrêmement heureux, et qui n'a pas d'équivalent en français. Les Italiens ont conservé au mot *cittadino* le même sens qu'avait le mot latin *civis*. Nous savons, en effet, que le mot *civis* se référait uniquement à la participation au droit civil et pouvait, par conséquent, être appliqué même aux femmes, même aux enfants (1) ; il faisait uniquement allusion au *status civitatis*, sans impliquer

[1] Vid. GAÏUS, *Inst.*, I, § 66, 67, 68, etc.

nécessairement la jouissance des droits politiques. De même le Code italien applique aux femmes et aux enfants la qualification de *cittadino*, *cittadina*.

II. Le nouveau Code admet libéralement les étrangers à la jouissance de tous les droits civils attribués aux Italiens (art. 3). La loi est rédigée à cet égard d'une manière générale et ne requiert aucune condition de domicile ni de réciprocité. On ne saurait assez louer cette disposition qui est tout à fait en harmonie avec les tendances les plus légitimes de l'humanité. De plus, elle a pour effet de simplifier singulièrement la loi en lui ôtant l'embarras de choisir entre des systèmes divers dont aucun n'est satisfaisant. On sait toutes les difficultés qu'éprouvent les jurisconsultes pour établir quelle est, sur le point qui nous occupe, la véritable théorie du Code Napoléon. Cependant, d'après l'interprétation qui prévaut en général, on peut dire qu'il n'y a pas, en définitive, une bien grande différence entre l'étranger et le Français, surtout depuis la suppression récente de la contrainte par corps en matière civile. Nous n'hésitons pas à croire, en effet, que l'étranger est, en principe, admis à jouir en France des mêmes droits que le Français ; qu'il est seulement privé des droits qu'une disposition spéciale lui retire, et que, même pour ces derniers droits, il en jouit, s'il y a lieu d'appliquer la réciprocité diplomatique dont parle l'article 11. Mais quelle difficulté pour arriver à la démonstration de cette solution, et combien la décision du Code italien est plus simple, plus libérale et plus sage !

Il était temps de voir enfin disparaître des codes modernes ce principe déjà suranné de la *réciprocité*, conception para-

doxale qui assigne à une nation comme règle de conduite, non pas l'idée de *justice*, mais l'adhésion douteuse d'une autre nation plus attardée dans la voie du progrès. Désormais, en Italie, l'étranger sera tout à fait assimilé à un Italien, sauf dans un cas unique prévu par l'article 788, aux termes duquel : l'étranger *qui ne réside pas dans le royaume*, ne peut figurer comme témoin instrumentaire dans un testament public[1].

Il importe de remarquer que le système qui assimile complétement les étrangers aux nationaux ne diminue en aucune manière, même au point de vue des rapports privés, l'importance de la *naturalisation*. En effet, il sera toujours indispensable de connaître la véritable nationalité d'une personne, puisque c'est cette nationalité qui détermine sa capacité. La loi italienne a en conséquence maintenu la distinction entre la *grande* et la *petite* naturalisation, résultant d'une loi ou d'une ordonnance royale, sans aucune condition de *stage* ou autre (art. 10). Cette décision paraît plus libérale que celle de notre loi récente du 29 juin 1867, qui se borne à restreindre à trois ans ou à un an la condition de stage, et qui, dans tous les cas, attribue compétence au pou-

[1] Voy. Curcio, *Lettere sul Codice civile*, p. 8. C'est seulement dans l'ordre des rapports privés qu'il convient d'assimiler complétement les étrangers aux nationaux. Mais, quand il s'agit de l'application de certains principes de droit public ou constitutionnel, il est légitime de faire aux étrangers une condition moins favorable ; ainsi, par exemple, la loi du 9 juin 1857 (art. 77) a déclaré justiciable des tribunaux militaires le complice *étranger* d'un fait délictueux qui, à raison de la qualité de l'agent principal, devait être porté devant ces tribunaux. — Dans la même hypothèse, le complice *français* et l'auteur principal seraient traduits devant les tribunaux ordinaires, en vertu du principe : *Nul ne peut être distrait de ses juges naturels.*

voir exécutif pour statuer sur les demandes en naturalisation.

Les autres règles concernant l'acquisition et la perte du *status civitatis* italien, car nous ne trouvons pas d'expression pour rendre le mot *cittadinanza*, sont à peu près les mêmes que celles du Code Napoléon, sauf quelques différences de détail ; nous parlerons seulement de quelques-unes.

III. L'article 6 déclare étranger l'enfant né en pays étranger d'un père qui a perdu la qualité d'Italien. Néanmoins, s'il a accepté un emploi public dans le royaume, s'il sert ou a servi dans les armées de terre ou de mer, ou s'il a satisfait à la loi sur le recrutement sans exciper de son extranéité, il est réputé Italien. Cette disposition est, on le voit, tout à fait analogue à celle de la loi du 22 mars 1849, modifiant l'article 9 du Code Napoléon. Mais on remarquera qu'en Italie le fait d'avoir rempli des fonctions civiles procure le même avantage que celui d'avoir servi ou de servir dans l'armée, tandis qu'en France il n'en est pas ainsi. Cette décision est due à une observation fort juste de M. Buniva [1], et il serait à désirer qu'elle fût adoptée chez nous.

IV. Les articles 9 et 14 consacrent la règle que la femme étrangère qui épouse un Italien devient Italienne, et que la femme italienne qui épouse un étranger perd son *status civitatis*. M. de Stefani-Nicolosi admet bien la vérité du principe d'après lequel la femme doit suivre la condition de

[1] P. 27.

son mari ; mais, dit-il, on ne saurait l'admettre d'une façon absolue dans les lois positives, puisque ce principe n'est pas reçu chez tous les peuples. En effet, en Angleterre, l'étrangère qui épouse un Anglais ne devient pas Anglaise, et l'Anglaise qui épouse un étranger ne cesse pas d'être Anglaise. Il pourrait donc arriver qu'une Italienne épousant un Anglais cessât d'être Italienne sans devenir Anglaise, et qu'à l'inverse une Anglaise épousant un Italien se trouvât investie de deux nationalités. En conséquence, M. de Stefani aurait voulu que le texte définitif déclarât : 1° Que l'étrangère qui épouserait un Italien ne deviendrait Italienne que si les lois de sa patrie ne s'y opposaient pas ; 2° que l'Italienne épousant un étranger ne perdrait sa nationalité d'origine que dans le cas où elle pourrait acquérir la nationalité de son mari par l'effet des lois du pays de ce dernier. Ces deux propositions se présentent, en effet, comme les conséquences inséparables d'un même principe. Cependant la première est repoussée par l'article 9 déclarant Italienne toute étrangère qui épouse un Italien, tandis que la seconde a été admise par l'article 14 aux termes duquel l'Italienne épousant un étranger ne perd sa nationalité que lorsqu'elle acquiert, par le fait du mariage, celle de son mari. Il y a là certainement une inconséquence. Au fond, la légitimité des distinctions proposées peut être sérieusement contestée : il n'y a pas, en effet, de relation nécessaire entre la perte de la nationalité d'origine, du *status civitatis*, et l'acquisition d'une nationalité étrangère. Il s'agit ici d'une présomption de la loi en vertu de laquelle la femme qui épouse un étranger entend renoncer à son *status civitatis ;* il est tout naturel qu'elle perde ce *status*, quand même elle ne pourrait acquérir celui

de son mari. A l'inverse, on pourra traiter comme Italienne ou comme Française, car la situation est la même en droit français, l'Anglaise qui aurait épousé un Italien ou un Français. Peu doit importer en France et en Italie que la loi anglaise persiste à la considérer comme Anglaise. Il faut traiter cette hypothèse comme celle où, d'après le Code civil français, la nationalité est perdue par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour. Peu importe que le Français établi, sans esprit de retour, en pays étranger, ait obtenu ou non sa naturalisation dans ce pays.

V. A ce propos, nous ferons remarquer que le Code italien n'admet pas ce moyen de perdre sa nationalité ; il n'en parle pas. La nationalité ne se perd en Italie que de trois manières :

1° Par l'effet d'une renonciation formelle devant l'officier de l'état civil de son domicile, suivie du transfert de sa résidence en pays étranger. Par là se trouvent évitées toutes les difficultés relatives à la preuve de l'intention ;

2° Par la naturalisation en pays étranger ;

3° Par tout office civil ou militaire accepté en pays étranger sans l'autorisation du gouvernement (art. 11).

M. Buniva fait observer[1] que ces dispositions consacrent une innovation radicale sur les principes de la jurisprudence antérieure. Autrefois, en effet, le *lien de sujétion*, *sudditanza*, était considéré comme perpétuel. Un citoyen ne pouvait, par son fait personnel, se dégager des liens qui l'attachaient au gouvernement de sa patrie. Il pouvait bien

[1] P. 31.

encourir la perte de la *cittadinanza*, c'est-à-dire du *status civitatis*, mais la *sudditanza* l'assujettissait toujours à certains devoirs dont il ne pouvait être affranchi que par un acte émané du souverain. Cette sujétion forcée ne pouvait évidemment produire aucun bon résultat; aussi a-t-elle, à bon droit, disparu du nouveau Code. Seulement l'article 12 déclare que l'abdication volontaire de sa nationalité n'a pas pour effet d'exonérer du service militaire, ni de soustraire à l'application des peines menaçant ceux qui portent les armes contre leur patrie.

Le recouvrement de sa nationalité par celui qui l'avait d'abord perdue, de même que la naturalisation obtenue par un étranger, ne peuvent manifestement produire d'effet que pour l'avenir. Mais, lorsque la nationalité d'une personne dépend d'une option qu'elle doit faire, il semble juridique d'admettre que cette option, purement déclarative, devra rétroagir au jour de la naissance, les actes antérieurs à l'option demeurant d'ailleurs maintenus. C'est ce qu'avait pensé la Commission sénatoriale. Mais la Commission législative repoussa tout effet rétroactif; et, en conséquence, l'article 15 déclare que l'acquisition ou le recouvrement de la *cittadinanza* ne produira d'effet qu'à partir de l'accomplissement des formalités requises [1]. Il eût peut-être mieux valu admettre la distinction que nous venons de faire. Cette distinction est si naturelle qu'elle a été maintenue par quelques auteurs, malgré l'article 15, dont le texte, isolé des *motifs*, ne la repousse pas formellement [2].

[1] Voy. Gaetano Foschini, *Motivi del Codice civile*, sous l'art. 15, p. 35.

[2] Voy. Fulci, *Il codice commentato*, vol. I, p. 31 et 43.

VI. Le titre que nous examinons est uniquement consacré à la *cittadinanza* et à la *jouissance des droits civils*. Il n'y est pas le moins du monde question de la perte des droits civils. On a eu soin d'élaguer du Code tout ce qui avait trait à la privation des droits par l'effet de condamnations judiciaires. L'article 1er se borne à poser le principe que tout sujet du royaume jouit des droits civils, pourvu qu'il n'en soit pas déchu par l'effet d'une condamnation pénale. C'était là une matière mixte pouvant, sans inconvénient, être réglée plutôt par les lois pénales que par les lois civiles.

Le titre 2e du Ier livre du Code italien concerne le *Domicile*, dont la définition est calquée sur celle donnée par le Code Napoléon. La preuve d'un changement de domicile ne peut résulter que de la double déclaration faite aux municipalités, et non pas, en outre, des circonstances, comme l'admet notre Code. Enfin, il n'est pas le moins du monde question de l'influence que peut exercer sur le domicile la nomination d'un citoyen à des fonctions inamovibles. Par conséquent, la question de savoir où est le domicile d'une personne se réduira toujours à rechercher où est son principal établissement.

Le titre *de l'Absence*, qui suit immédiatement, ne nous suggère aucune observation particulière, si ce n'est que les délais après lesquels l'absence peut être déclarée et l'envoi en possession provisoire accordé ont été abrégés. C'est trois ans après les dernières nouvelles, et six ans, dans le cas où l'absent aurait laissé une procuration, que la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire pourront être demandés. Cette abréviation s'explique par la plus grande facilité des communications qui rapproche aujour-

d'hui toutes les distances, et qui par conséquent rend plus grave le défaut absolu de nouvelles pendant une période de temps relativement plus courte.

VII. C'est après le titre *de l'Absence*, et immédiatement avant celui *du Mariage*, que les rédacteurs du Code italien ont placé un titre nouveau relatif à la *Parenté* et à l'*Alliance*. Les dispositions de ce titre ne sont que la reproduction des articles 735 et suivants du Code Napoléon, au titre *des Successions*. Il est certain que ces dispositions sont mieux placées immédiatement avant le mariage, puisque les règles concernant le mariage supposent connue la manière suivant laquelle est établie la parenté et l'alliance. Nous ferons seulement observer que le Code italien a réduit au dixième degré les effets de la parenté légitime que notre Code conserve jusqu'au douzième (art. 755). Du reste, il en était déjà ainsi en Toscane depuis la loi sur les successions *ab intestat*, du 18 août 1814, art. 26. M. de Stefani-Nicolosi [1] avait exprimé le vœu qu'on ne conservât du titre *de la Parenté* que cette dernière disposition. Il disait, en effet, avec assez de raison, que les divers articles relatifs à la computation des degrés de parenté étaient inutiles; que c'était à la doctrine et non à la puissance législative qu'il appartenait de formuler de semblables règles, révélées d'ailleurs par la nature elle-même... Tout cela est vrai. Cependant, comme il existe plusieurs modes de computation des degrés de parenté, il nous paraît assez naturel que le Code civil ait jugé nécessaire de faire disparaître toute équivoque en indiquant le système qu'il adoptait.

[1] *Loc. cit.*, p. 35 et 36.

§ 5.

I. Du mariage. — Des promesses de mariage.
II. Sécularisation du mariage; — abandon de la sanction écrite dans les articles 199 et 200 du Code pénal français.
III. Du mariage des prêtres.
IV. De quelques incapacités spéciales.
V. De l'impuissance.
VI. Nullité du mariage de l'interdit.
VII. Théorie de l'erreur en matière de mariage.
VIII. Rigidité louable de la législation française sur le mariage.
IX. De l'empêchement prohibitif résultant du délai de viduité.
X. De l'autorisation maritale.
XI. De l'indissolubilité du mariage; — question du divorce.
XII. De la séparation de corps judiciaire.
XIII. De la séparation de corps volontaire.

I. Le titre *du Mariage*, que nous allons examiner avec tout le soin qué mérite un pareil sujet, débute par une section consacrée aux *promesses de mariage.*

« *La promesse réciproque de contracter ensemble mariage*, dit l'article 53, *n'engendre pas d'obligation légale de le contracter, ni d'accomplir la prestation qui a été stipulée pour le cas d'inexécution de cette promesse.* »

Art. 54. « *Si cette promesse a été faite dans un acte public ou sous seing privé par un majeur, ou par un mineur autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si cette promesse résulte des publications faites par l'officier de l'état civil, le promettant, s'il refuse de l'exécuter sans juste motif, sera tenu d'indemniser l'autre partie de toutes les dépenses motivées par cette promesse de mariage. Néanmoins l'action en indemnité ne sera plus recevable après une année écoulée depuis le jour où cette promesse de mariage aurait dû recevoir exécution.* »

Ces dispositions n'existent pas dans notre Code français. Était-il bien utile de les insérer dans le Code italien? M. Buniva [1] a énergiquement soutenu la négative, et il nous semble qu'il avait parfaitement raison. A quoi bon, en effet, déclarer qu'une promesse de mariage ne saurait obliger les parties à le contracter? Est-ce que cela ne résulte pas de la nature même du mariage? D'un autre côté, si l'inexécution d'une promesse constitue un fait dommageable, ne résulte-t-il pas des principes généraux du droit qu'une action en réparation du préjudice doit être accordée à la partie lésée?...

En ce qui concerne la disposition de l'article 54, M. Buniva s'élève contre l'injustice qui en résulte. Pourquoi, dit-il, accorder seulement l'action en indemnité à ceux qui peuvent produire une promesse écrite et la refuser aux autres?... Est-ce que la situation n'est pas la même dans tous les cas? Il est vrai que la situation est toujours la même; cependant, on comprend que le législateur, pour éviter des procès souvent scandaleux et toujours difficiles, ait voulu subordonner la recevabilité de l'action à la production d'un document écrit, et ait repoussé toute allégation qui ne reposerait que sur l'offre d'une preuve testimoniale, et qui serait de nature à compromettre, le plus souvent sans motif, le repos des familles. Cependant M. Buniva approuve sans réserve le paragraphe qui limite à une année l'action en indemnité, dans les cas où elle est recevable. Et en effet il serait à désirer qu'une limitation semblable fût aussi décrétée en France, quoiqu'en fait les tribunaux tiennent

[1] P. 55 et 57.

toujours compte, dans leur appréciation, du temps plus ou moins long pendant lequel le demandeur est resté inactif.

II. Le mariage considéré en lui-même, a été envisagé par le législateur italien de la même manière qu'il l'avait été par le législateur français, c'est-à-dire qu'il a été purement et simplement sécularisé comme il fallait qu'il le fût. La sécularisation du mariage est pour l'Italie une grande innovation qui, pendant quelque temps encore, servira peut-être de matière à controverse. Pour nous, Français, c'est une question jugée depuis soixante ans; une expérience de plus d'un demi-siècle enlève tout intérêt à une discussion qui se produirait dans le vide; aussi, à peine avons-nous besoin de dire que la sécularisation du mariage ne porte aucune atteinte, même indirecte, à la liberté religieuse, puisque les époux sont toujours libres de réclamer l'intervention du ministre de leur culte. Le caractère de cette intervention a été nettement mis en lumière dans le remarquable rapport présenté au Sénat italien par M. Vigliani [1]. Sans doute le mariage chrétien a été élevé à la dignité d'un *sacrement;* mais pour cela il n'a jamais cessé d'être contracté selon les formes prescrites par la loi civile. Il est même à remarquer que les empereurs chrétiens ont continué à faire dépendre la validité du mariage du seul consentement, *ex solo affectu* [2], abstraction faite de toute forme extérieure. Cet état de choses amena l'abus des mariages *clandestins* dont la preuve était

[1] V. Foschini, sur le titre V, p. 46.
[2] L. 22, Cod. *de Nuptiis;* nov. 74, cap. v; nov. 116, cap. ix.

presque toujours impossible. C'est uniquemement pour réprimer cet abus que le Concile de Trente s'occupa de la réformation du mariage. Ne pouvant méconnaître la validité des mariages *clandestins* déjà contractés, les Pères du concile voulurent du moins les rendre impossibles pour l'avenir; et en conséquence, ils déclarèrent nul tout mariage qui ne serait pas célébré en présence du curé et de deux témoins. Le motif de la nullité n'était pas et ne pouvait pas être le défaut de la bénédiction religieuse, l'absence du sacrement, mais seulement l'absence de tout élément de preuve. L'exactitude de ce point de vue résulte d'abord de cette circonstance que le concile hésitait sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas de déléguer un notaire et non pas le curé pour retenir les actes de mariage, et en second lieu que d'après les termes du décret rendu par le concile, la présence, même purement passive, du prêtre suffit pour la validité du mariage sans que la bénédiction religieuse soit nécessaire. Aussi ce décret fut-il classé, non pas dans la partie dogmatique des actes du concile, mais dans celle relative à la discipline, que les souverains pouvaient admettre ou rejeter. Il suit de là qu'il faut distinguer nettement entre le mariage lui-même et le sacrement, et que le concile n'a voulu réglementer que le contrat *civil*.

Il est vraiment singulier que le conseil d'État français ait eu l'occasion de constater indirectement la vérité de ces aperçus.

Le desservant d'une paroisse avait, dans un discours prononcé dans l'exercice du culte, imputé à la dame N. d'avoir vécu en concubinage avec le sieur D. La validité du mariage ayant été reconnue par l'évêque, le diffamateur souscrivit une rétractation textuellement insérée dans le décret du

13 décembre 1864, déclarant qu'il y a abus dans la conduite du desservant, et conçue en ces termes :

« L'Église reconnaît pour valides et légitimes les mariages « contractés *sans la présence du prêtre* dans les pays où le « saint Concile de Trente n'a pas été publié, comme en « Suisse, en Angleterre, etc., etc. ; et comme c'est dans ces « conditions particulières et exceptionnelles qu'a été con- « tracté le mariage de madame N., ainsi que le prouvent les « pièces et renseignements envoyés de Londres, ce mariage, « *au point de vue religieux*, le seul dont nous ayons à nous « occuper, est donc valable et légitime et doit être tenu pour « tel. Madame N. a donc dû et doit être considérée comme « l'épouse légitime de M. D. et elle a pu très-légitime- « ment être admise pendant la durée de son mariage à la « participation des sacrements. Je me suis donc trompé en « pensant et en disant le contraire. J'étais dans l'erreur, « parce que je ne savais pas que le Concile de Trente « n'était pas publié et n'obligeait pas en Angleterre [1]. »

Cette doctrine est tout à fait conforme à ce que disait l'archevêque de Grenade dans une séance du Concile de Trente : « Si deux personnes baptisées ont l'intention de contracter « mariage sans vouloir recevoir le sacrement, il y aura « mariage entre elles, mais elles ne recevront pas le sacre- « ment, car le sacrement est chose qui ne s'impose pas. »

Mais il est des croyants qui se piquent d'être plus catholiques que l'Église catholique elle-même, et qui refusent de considérer comme légitime toute union qui n'aurait pas reçu l'impression du sacrement. Il est aussi des juristes qui, par-

[1] Dalloz, 1865, *Tables*, v° Culte, n. 6, col. 107.

tant d'un point de vue tout à fait différent, arrivent cependant à des conséquences analogues.

Ainsi, M. Jannuzzi, de Naples, professeur à l'Université de Ferrare, regrette, dans l'intérêt de la vraie liberté, que le Code italien ait emprunté au nôtre la réglementation civile du mariage. « La formule française, dit-il, en attribuant à l'État par l'organe de l'*officier de l'état civil*, le pouvoir exclusif de donner la vie juridique au mariage, et ne reconnaissant d'autre union que celle qui résulte de son intervention, usurpe un pouvoir qui ne lui appartient pas, oblige le citoyen à agir contrairement aux données de la raison subjective, et en empiétant ainsi sur le domaine de la conscience, détruit le fondement même de la liberté [1]. »

Il faut connaître les motifs de cette sévère critique. Selon M. Jannuzzi, la famille, dont le fondement est le mariage, est, comme l'individu, logiquement antérieure à l'État, et même chronologiquement plus ancienne, car l'État apparaît comme la résultante de la famille et des individus. Le mariage se trouvant donc dans une sphère tout à fait différente de celle de l'État, l'État n'a aucunement le droit d'en réglementer les conditions intrinsèques, il peut seulement l'accepter tel qu'il se présente, le reconnaître comme fait juridique, le protéger et en certifier l'existence. Le pouvoir régulateur du mariage dérive en effet d'une loi antérieure à l'État, la loi de la conscience individuelle, que chacun formulera d'une façon concrète, suivant sa manière de comprendre l'idée religieuse. En conséquence, M. Jannuzzi aurait adhéré au contre-projet présenté par le député An-

[1] *Svolgimento e progresso del diritto privato nel progredire della civiltà*, Discorso del prof. Stefano Jannuzzi. *Napoli*, 1864.

dreucci et éloquemment développé par le député Giorgini dans un discours demeuré célèbre. Ce contre-projet était ainsi conçu :

1° Le mariage, en règle générale, est contracté et célébré avec les conditions, formes et effets prescrits par la religion que professent les conjoints.

2° Ceux qui, pour une cause quelconque, ne pourront ou ne voudront célébrer ainsi leur mariage, pourront le contracter et le célébrer en la forme purement civile, suivant les règles établies par la loi, et l'union ainsi contractée aura tous ses effets civils.

Le système professé par notre honorable ami M. Jannuzzi nous paraît contestable à deux points de vue :

D'abord le mariage n'est pas et ne peut pas être antérieur à la formation des sociétés. Il est faux de prétendre que l'homme a d'abord vécu seul, qu'ensuite la famille a été inventée, et qu'enfin les sociétés se sont formées... l'histoire démontre que l'homme a toujours vécu en société. Quant à sa manière d'être dans les temps anté-historiques, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper, à moins de vouloir entrer dans le domaine de la fantaisie. Seulement il est logique de penser que la condition de l'humanité dans les âges anté-historiques devait être à peu près la même que dans les âges suivants. Du reste, le mariage et la famille ne sont possibles que dans un milieu social ; en dehors de ce milieu, il ne peut y avoir que des accouplements. La famille et le mariage ont pour corollaire la propriété, l'hérédité, la parenté et les droits divers qui en découlent, toutes choses qui supposent un milieu social, de la même façon que l'existence d'un être qui respire suppose une atmosphère. La famille et la société ont

nécessairement coexisté, et il n'est pas vrai de dire que l'une soit antérieure à l'autre. Le mariage n'est donc pas un produit de la volonté individuelle, c'est un fait *social;* — et quoique la société n'ait créé ni la famille ni le mariage, il lui appartient de réglementer la célébration des mariages, comme il lui appartient de fixer les droits de famille.

Ensuite, il est inexact de prétendre que le mariage doit pouvoir être contracté par chaque individu selon sa manière de comprendre l'idée religieuse. La vérité est que le mariage, en lui-même, n'est pas un acte religieux. L'Église catholique elle-même admet comme valables des mariages contractés, *sans prêtre*, entre personnes *baptisées*. Mais c'est un acte *civil* qui le plus souvent et dans l'opinion du plus grand nombre devra être *bénit* par un ministre du culte, ou sera l'occasion de la réception d'un *sacrement*. Alors le respect de la liberté et de la conscience individuelle exige que nul obstacle ne soit apporté aux cérémonies religieuses. A cet égard, le Code français et le Code italien n'ont rien à se reprocher.

Enfin, il est facile d'entrevoir les graves inconvénients qui résulteraient du système résumé dans les deux articles proposés par M. Andreucci, ou de tout système analogue; ce serait d'abord l'introduction dans la législation d'un élément essentiellement variable, au gré des opinions individuelles de chaque citoyen; le mariage ne produisant pas les mêmes effets dans toutes les religions, n'étant pas célébré de la même manière, et n'obligeant pas les parties avec la même rigidité, puisque quelques croyances admettent le divorce que d'autres repoussent, il en résulterait que l'unité de législation serait compromise, on verrait surgir à chaque

instant des questions théologiques devant des tribunaux sans caractère pour les résoudre, et l'ancien principe de la *personnalité des lois* se trouverait remis en vigueur, au moins quant au mariage, comme au temps des barbares.

Sous le rapport de la constatation et de la preuve des mariages, le système que nous repoussons serait encore plus dangereux. Aux États-Unis d'Amérique, où règne la plus grande liberté en fait de mariage, et où les choses se passent à peu près comme le voudrait M. Andreucci, il est souvent fort difficile de savoir si une personne est ou n'est pas mariée. D'une part, l'extrême facilité de divorcer, et, d'autre part, l'absence d'une réglementation civile suffisante y rend le crime de bigamie extrêmement fréquent, et cependant difficile à prouver juridiquement. Les mariages clandestins y sont presque aussi nombreux que les mariages publiquement contractés, la parenté devient douteuse, et pour conclure, on peut dire qu'il n'est pas de pays où l'institution du mariage soit aussi compromise par la faute de la loi. Aussi est-il permis de penser que les États-Unis sentiront un jour la nécessité d'une réforme semblable à celle que décréta le Concile de Trente.

De ce que rien n'est plus nécessaire et plus légitime que l'intervention de l'État dans les mariages, il ne s'ensuit pas que les mariages n'existent que par la déclaration des mandataires de l'État. Les mariages sont l'œuvre des parties; aussi trouvons-nous comme M. Curcio assez ridicule le rôle assigné à l'officier de l'état civil par le Code Napoléon et par le Code italien qui l'obligent à déclarer, *au nom de la loi*, que les parties sont unies en légitime mariage [1]

[1] « Dal cui ideale (la séparation de l'Église et de l'État) anche lo

(art. 75 C. N., 94 C. Ital.). — Le Code Napoléon exige même la mention de cette déclaration dans l'acte civil. C'est là évidemment un vestige de l'ancienne confusion qui existait autrefois entre les choses du domaine de la religion et celles du domaine de la loi civile qui doit être et qui doit demeurer essentiellement laïque. — C'est là, du reste, le vrai caractère de la loi moderne; — elle n'est pas *athée*, comme on l'a dit mal à propos, elle est *laïque;* elle n'est pas *indifférente* en matière de religion, elle est *incompétente*. Pour qu'elle cessât d'être *incompétente*, il faudrait qu'elle fût votée par un *Concile*, sanctionnée et promulguée par un *Pape*, et faite seulement pour des *fidèles*.

Le Code italien a donc bien fait d'adopter les principes de notre Code; mais, ainsi que le déclarait M. Vigliani, rapporteur de la commission du Sénat, il a cherché à être plus libéral que la loi française [1]. Il n'a pas voulu reproduire les pénalités édictées par les articles 199 et 200 de notre Code pénal, contre le ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil. De sorte que, en Italie, les parties auront la

stato s'è allontanato, rivestendo d'un' aria braminica il povero ufiziale dello stato civile, ed imponendo a lui di dichiarare sacramentalmente, in nome della legge, che le parti sono unite in matrimonio..... E se sopra questa lubrica via vi cammineremo un' altro poco, vedremo il sindaco vestire lunga candida stola prima d'accingersi al grande atto, e poi forse le vedremo alzar la mano ed in nome dell' onnipotente codice civile, come se fosse in nome di Brama, Budda, e Visnù, laudati sieno, impartir la benedizione ai conjugi. » Curcio, *Lettere*, p. 6.

[1] Voy. le rapport, p. 34, *Sessione parlamentare del* 1863, n° 45 *bis*. Édition officielle.

faculté de procéder à la célébration religieuse de leur union, quand elles le jugeront convenable, soit avant, soit après l'acte civil.

Il nous est impossible, nous n'hésitons pas à le déclarer, de voir dans l'abandon des articles 199 et 200 du Code pénal un hommage à la liberté. Le maintien de ces dispositions, d'ailleurs purement comminatoires, nous paraît, au contraire, indispensable pour la sauvegarde des bonnes mœurs et de la décence publique. Si les pénalités dont il s'agit n'étaient pas écrites dans la loi, on verrait trop souvent des hommes, sans scrupules et sans croyance, chercher à endormir, au moyen d'une bénédiction religieuse, des consciences troublées par le remords... A côté du mariage et des devoirs austères qu'il impose, on verrait se glisser un concubinage hypocrite qui serait une insulte à la religion plus encore qu'à la société. Il ne faut pas s'y tromper, en effet, malgré les articles 199 et 200 du Code pénal, il arrive quelquefois que des mariages purement religieux sont clandestinement célébrés, et il est peu d'hommes d'affaires, dans les grands centres de population, qui n'aient la connaissance personnelle de quelque fait de ce genre. Or, presque chaque fois que le fait s'est produit, il s'agissait d'un homme qui, dominé par des préjugés de naissance ou de fortune, consentait bien à honorer une pauvre femme d'un mariage religieux, soigneusement dissimulé aux yeux du monde, mais qui n'aurait jamais consenti à l'élever au rang de son épouse. Il importe, en effet, de remarquer que le mariage religieux, dans cette hypothèse, n'est recherché que parce qu'il est défendu par la loi civile, et que, pour ce motif, il n'est pas le mariage. Si la loi civile attribuait à cette union les mêmes

effets qu'au mariage civil, on n'en voudrait pas ; car ce qu'on veut, c'est, avant tout, *ne pas être marié,* et néanmoins trouver une combinaison commode qui permette d'agir comme si on l'était. Il est certain que les articles 199 et 200 empêchent que des faits de ce genre ne se reproduisent souvent, non pas à cause de la crainte que peuvent inspirer les pénalités qu'ils édictent, mais parce que les ministres du culte trouvent dans ces articles un point d'appui sérieux pour résister aux obsessions des hommes puissants, car ce ne sont pas les misérables qui pourront jamais songer à un mariage purement religieux.

Mais si le mariage religieux ne peut que suivre et non précéder le mariage civil, ne pourra-t-il pas arriver qu'après le mariage civil l'un des époux refuse à l'autre la satisfaction d'une célébration religieuse? Le cas s'est produit quelquefois et a inspiré la singulière combinaison suivante laquelle a eu un succès médiocre :

« Il faudrait que devant l'officier de l'état civil les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. *Si non,* le mariage serait définitif ; — *si oui,* la loi ne reconnaîtrait le mariage *qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse.* Ainsi se concilierait le droit individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait donnée à la liberté de conscience *d'une manière pleine.* » En conséquence : « l'acte de mariage ne sera parfait que par la mention de la célébration religieuse en marge du registre de l'état civil ; » — « cette mention aurait lieu sur la réquisition des parties. Si aux yeux de l'une d'elles tout ne s'est pas bien passé, elle n'aura qu'à ne pas consentir à laisser mettre la mention sur le registre de l'état civil ; — du reste, cette men-

tion prouvera que la célébration a été faite conformément à leur volonté, et cette reconnaissance emportera renonciation à toute nullité du chef des lois canoniques [1]. »

Quelle admirable simplification ! Après avoir été mariées deux fois, si l'on peut ainsi parler, d'abord devant M. le maire, et puis devant M. le curé, les deux parties seront encore à peu près dans la même situation qu'avant, également privées de toute garantie, chacune se trouvant livrée à la merci de l'autre, car tout dépendra de la *mention en marge*, cérémonie auguste, résumant l'action combinée des lois divines et humaines ! — La partie qui pensera que *tout ne s'est pas bien passé* n'aura qu'à ne pas consentir à la *mention en marge*, et tout sera dit, il n'y aura pas mariage !... Quant à la partie qui pensera au contraire que *tout s'est bien passé*, de quoi se plaindrait-elle ? Il n'y a jamais eu qu'un mariage *imparfait*, et la *solennité* qui devait le rendre *parfait* n'a pu s'accomplir ; que si elle persiste à se croire mariée au moins religieusement, elle en a parfaitement le droit, et de cette façon satisfaction est donnée à la liberté de conscience *d'une manière pleine !...*

Il serait superflu d'insister ici sur les singulières conséquences juridiques d'une conception aussi radicalement impraticable. Il nous suffira de dire que toutes les combinaisons de cette nature auraient pour effet direct, contrairement sans doute à l'intention de ceux qui les proposent, de créer des mariages *conditionnels*, et surtout de restituer au clergé la conserva-

[1] Voy. l'art. précité de M. Batbie ; *Correspondant*, *loc. cit.*, p. 94 et 95. — Voy. *Revue critique*, livraison de janvier 1867, p. 101. — Voy. aussi dans la livraison d'avril 1867 nos *observations* sur la *célébration des mariages*.

tion des actes de l'état civil, et de rendre nécessaire le rétablissement des tribunaux ecclésiastiques. Il est certain en effet, que la *mention en marge* ne pouvant tirer son efficacité que de l'existence du fait mentionné, si l'une des parties soutient plus tard, pour faire tomber le mariage, que la célébration religieuse n'a pas eu lieu, alors que, devant l'officier de l'état civil, elle avait déclaré *vouloir subordonner la perfection du mariage à cette célébration*, si elle affirme que la mention qui a été faite de cette célébration est mensongère, il faudra bien pour juger la question compulser les *registres des paroisses*, qui désormais seront ainsi l'élément le plus important de la preuve des mariages.

D'un autre côté, il est puéril de prétendre qu'une formalité telle que la *mention en marge*, ou autre de même importance, entraînerait renonciation à toute nullité du chef des lois canoniques.

Sans doute, il est certaines nullités qui peuvent être couvertes; ainsi nous admettons que lorsque le mariage est annulable à raison d'un vice du consentement, la partie dont le consentement a été vicié peut valablement renoncer à invoquer une telle cause de nullité; — mais s'il s'agit de nullités d'ordre public ou de l'une des conditions requises pour l'existence même du mariage, une telle renonciation est impossible et ne saurait dès lors être présumée. On ne pourrait donc attribuer à la mention en marge d'autre effet que celui d'effacer les nullités susceptibles d'être couvertes; elle laisserait subsister les autres. — On pourrait trouver dix hypothèses où, malgré cette renonciation implicite, il y aurait encore lieu d'apprécier l'existence ou la validité d'un mariage au point de vue des règles du Concile de Trente. Nous

en indiquerons une seule empruntée au dictionnaire de Ferrière [1].

« Si, au mépris des lois respectables qui l'ordonnent, dit Ferrière, les parties ont été unies par un prêtre sans pouvoir, ce mariage n'est qu'une ombre de mariage ; en sorte que, non-seulement il est facile de rompre un pareil engagement, mais il n'est pas même permis d'y persévérer ; en sorte que ceux qui sont unis par un tel mariage, doivent en faire célébrer un autre par leur curé ou par le curé de l'un d'eux. »

Supposons donc qu'après la *mention en marge*, l'un des conjoints découvre que le ministre célébrant était sans pouvoirs, ou même qu'il n'avait pas du tout la qualité de ministre, de sorte qu'il n'y a eu qu'une vaine apparence de célébration ; est-ce que la *mention en marge* pourrait le faire considérer comme ayant renoncé à une nullité qu'il ne connaissait pas, et fondée sur l'absence d'une condition essentielle à l'existence du mariage ? Personne n'oserait le soutenir.

Par conséquent, si l'on reconnaissait aux futurs conjoints le droit de subordonner la perfection du mariage à une célébration religieuse, il faudrait que cette célébration eût au moins les caractères qui seuls peuvent la rendre sérieuse et efficace. Il faudrait donc, si des difficultés s'élevaient sur l'application qui aurait été faite des règles canoniques, que des tribunaux spéciaux, qui ne pourraient être les tribunaux civils, fussent institués pour en connaître.

Mais si des innovations aussi peu réfléchies doivent être repoussées, quel est donc le système qu'il conviendrait

[1] V° *Mariage*, p. 193.

d'adopter? — Nous pensons qu'il n'y a lieu d'apporter aucun changement à ce qui est, parce que *ce qui est* est précisément ce qui doit être.

D'abord, il arrive très-rarement que l'un des conjoints refuse, après l'acte civil, de procéder à la célébration religieuse. Il est vrai que le nombre ne fait rien à la question; mais il est toujours bon de constater qu'il ne s'agit en réalité que de cas tout à fait isolés et exceptionnels; ensuite, chaque fois que ce refus pénible se produit, c'est toujours à l'occasion d'unions contractées légèrement, sans réflexion suffisante, entre personnes se connaissant à peine, et qui de plus ont eu le tort de laisser un intervalle trop long s'écouler entre la célébration civile et la célébration religieuse. Un tel refus s'explique alors presque toujours par quelque cause de mésintelligence postérieure à la célébration civile, ou c'est une manœuvre ayant pour but d'arracher de nouvelles concessions ou des avantages pécuniaires.—Le véritable remède à une telle situation est à la disposition des intéressés eux-mêmes. Que les fiancés, qui tiennent à la célébration religieuse de leur mariage, ne consentent à s'unir qu'avec des personnes suffisamment connues, et dont les sentiments religieux, manifestés hautement, donnent une garantie suffisante, et jamais ils ne se trouveront exposés à subir un refus impie; qu'ensuite ils ne tolèrent pas que la cérémonie religieuse soit retardée sous un prétexte quelconque, car ce retard crée toujours des situations équivoques et pleines de péril. Il vaudrait mieux, si la célébration religieuse n'était pas actuellement possible, retarder aussi le mariage civil. — Si, au lieu d'agir avec cette prudence si naturelle, les parties courent en quelque sorte vers l'inconnu avec une précipitation coupable,

tant pis pour elles... Elles pourront d'ailleurs se rappeler que *là où le Concile de Trente n'est pas reçu, les mariages contractés en l'absence du prêtre sont valables, même au point de vue religieux ; que les parties ainsi mariées doivent être admises aux sacrements, et que si quelque ministre du culte se permettait d'insinuer le contraire, il serait contraint par son évêque à signer une rétractation pareille à celle que nous avons citée.*

III. Le Code italien, ayant complétement sécularisé le mariage, devait, comme le Code français, n'édicter aucune incapacité spéciale de le contracter à l'égard des prêtres catholiques et des personnes engagées par des vœux perpétuels de chasteté. Aussi n'en parle-t-il pas dans le titre consacré aux conditions requises pour se marier. M. de Stefani-Nicolosi s'éleva avec énergie contre cette omission, et réclama vivement l'insertion d'un article qui aurait déclaré incapables de contracter mariage les prêtres catholiques et les personnes liées par des vœux religieux. M. de Stefani fondait principalement sa réclamation sur le *Statut constitutionnel*, qui déclare la religion catholique religion de l'État [1], et il insistait pour que le mariage contracté par un prêtre fût entaché de nullité absolue et d'ordre public :

« Les lois civiles, disait-il, ne doivent pas, ne peuvent pas permettre qu'une femme catholique qui aurait, par erreur, épousé un prêtre, qu'un homme catholique qui aurait épousé une femme liée par un vœu solennel de chasteté et qu'il croyait libre, soient obligés de vivre, mal-

[1] Voy. p. 39.

gré les remords de leur conscience, en état de perpétuel sacrilége [1]. »

La réponse est facile : de ce que le pacte constitutionnel déclare la religion catholique religion de l'État, il n'en résulte pas du tout, pour la loi civile, l'obligation d'interdire le mariage à une classe de citoyens, alors surtout que cette déclaration d'une religion d'État n'a plus aujourd'hui la même signification qu'autrefois. Quant au résultat qui révoltait avec raison M. de Stefani, dans le cas d'un mariage contracté par erreur avec une personne engagée dans les ordres sacrés, nous verrons plus bas qu'un tel mariage pourrait être annulé pour cause d'erreur, et que, dès lors, les craintes de M. de Stefani sont sans objet.

Cette question du mariage des prêtres n'est pas toujours envisagée comme il faudrait qu'elle le fût. On a eu le tort de vouloir en faire une question de droit, alors qu'elle ne peut et ne doit être qu'une question de morale. C'est précisément parce que l'opinion publique réprouve de pareilles unions, et flétrit par un mépris mérité ceux qui violent ainsi des engagements solennellement contractés envers l'Église, que la loi civile n'a pas à intervenir pour déclarer incapables du mariage ceux qui n'hésiteront pas à vouloir affronter l'animadversion de tous. Nous avons, sur le mariage des prêtres, absolument la même opinion que l'Église catholique, nous le réprouvons et nous le flétrissons comme elle, nous croyons qu'il doit être défendu, mais seulement par la conscience humaine et l'opinion des gens honnêtes, et non par la loi civile. La loi civile, en effet, selon l'obser-

[1] P. 57-58.

vation de M. Buniva [1], n'a pas pour mission de veiller à l'observation des prescriptions de l'Église, mais seulement d'assurer la liberté de conscience et des cultes. Mais nous avons encore d'autres motifs, bien plus pratiques, pour adopter sur cette question l'opinion des Portalis, des Valette, des Serigny, des Demolombe.....

Les considérations, quelquefois banales, sur les *droits du citoyen,* nous toucheraient peu, en effet, s'il ne s'agissait que de donner satisfaction à des croyances religieuses outragées; et alors nous n'hésiterions pas à déclarer que la loi civile doit river le prêtre à son vœu, comme autrefois le serf était rivé à la glèbe. Mais qu'arriverait-il, si, la loi civile prohibant le mariage des personnes liées par un vœu de chasteté, un prêtre ou un religieux insistait pour obtenir la célébration civile de son mariage, alléguant que son ordination est entachée de nullité pour inobservation des règles canoniques, ou que son vœu lui a été arraché par la violence?... Est-ce que les tribunaux laïques seraient compétents pour statuer sur des questions de cette nature? La disposition qui prohiberait le mariage des personnes liées par un vœu vis-à-vis de l'Église n'exigerait-elle pas, comme complément nécessaire, le rétablissement des tribunaux ecclésiastiques, des anciennes officialités? Ne faudrait-il pas, dès lors, admettre au sein de l'État des tribunaux étrangers à l'État, et une procédure particulière, et les appels en cour de Rome, et la prépondérance en France des décisions d'une juridiction étrangère?... MM. Serigny et Demolombe avaient bien raison lorsque, examinant la valeur des argu-

[1] P. 61.

ments sur lesquels on a essayé de faire prévaloir en France l'opinion que le mariage des prêtres était prohibé par la loi, ils s'écriaient : « Si ces arguments sont fondés, nous nous faisons forts d'en faire sortir logiquement l'ancien régime tout entier [1]. » C'est le même point de vue qui nous préoccupe ; et si nous pensons que la loi civile doit s'abstenir de déclarer prohibé le mariage des prêtres, ce n'est pas du tout par sympathie pour des hommes qui n'en méritent aucune, mais uniquement parce qu'une telle prohibition aboutirait forcément à une impossibilité manifeste, à savoir : la reconstitution d'un passé définitivement disparu.

IV. Si le Code italien n'a pas cru devoir édicter l'incapacité dont nous venons d'examiner les conséquences, il en a prononcé d'autres dont ne parle pas textuellement le Code Napoléon. Ainsi, l'article 61 déclare incapables de contracter mariage, les interdits pour cause de démence ; ce qui tranche une controverse qui dure encore en France. L'article 62 mérite d'être particulièrement remarqué ; il dispose : que celui qui, par jugement criminel, a été reconnu coupable d'homicide volontaire, consommé ou non (délit manqué), ou seulement tenté sur la personne de l'un des conjoints, ne peut contracter mariage avec l'autre conjoint.

Nous n'avons pas d'observation particulière à présenter sur les autres règles concernant les conditions requises pour contracter mariage, les formalités qui doivent le précéder, le droit d'y former opposition et les formes suivant

[1] Voy. Demolombe, t. III, p. 203, n° 231.

lesquelles il doit être célébré devant l'officier de l'état civil. Nous retrouvons toujours à peu près les mêmes dispositions que dans le Code Napoléon, avec quelques améliorations de détail ne présentant pas assez d'importance pour être signalées. Mais la théorie des nullités de mariage devra nous arrêter un instant, quoique cette théorie soit absolument la même que celle consacrée par le Code Napoléon.

V. Nous devons d'abord mentionner la disposition de l'article 107, aux termes duquel : l'impuissance manifeste et permanente de l'un des conjoints, quand elle est antérieure au mariage, peut être proposée comme cause de nullité par l'autre conjoint. L'article ne dit pas textuellement que l'époux demandeur en nullité doit avoir ignoré, au moment de la célébration du mariage, l'état d'impuissance de son conjoint. Mais il est certain qu'il en doit être ainsi ; la nullité pour cause d'impuissance rentre donc dans la théorie de la nullité pour cause d'erreur dans la personne, et c'est précisément pour trancher la controverse qui s'est élevée sur ce point en droit français que l'article 107 a été inséré dans le Code italien immédiatement après les dispositions relatives à l'erreur.

VI. Les causes de nullité sont d'ailleurs les mêmes dans le Code italien que dans le Code français ; seulement il y en a une de plus qui dérive de l'état d'interdiction de l'un des conjoints, puisque nous avons vu que les interdits pour cause de démence sont déclarés incapables de se marier. L'article 112 règle l'exercice de l'action en nullité ouverte dans ce cas, en adoptant l'une des opinions qui ont cours

en France, et que nous ne croyons pas la meilleure. Nous n'hésitons pas, en effet, à penser avec M. Demolombe que si le mariage a été contracté dans un intervalle lucide, il doit être valable et inattaquable, et que, dans le cas contraire, il est *inexistant*, et que, par suite, il peut être attaqué en tout temps et par toute personne [1]. Nous comprenons très-bien qu'un législateur ne veuille pas appliquer cette théorie, et, à cause de la difficulté de prouver l'intervalle lucide, préfère déclarer l'interdit incapable de contracter mariage. Mais cela signifie que la présomption d'insanité permanente doit l'emporter, et il faut dès lors déclarer le mariage radicalement inexistant pour défaut de consentement. Or, c'est ce que ne fait pas l'article 112, qui reproduit l'erreur assez répandue dans la doctrine et la jurisprudence française.

« *Le mariage de l'interdit*, lisons-nous dans cet article, *pourra être attaqué par l'interdit lui-même, son tuteur, le conseil de famille et le ministère public..... Mais l'annulation ne pourra plus être prononcée, si la cohabitation a continué pendant trois mois depuis la mainlevée de l'interdiction.* »

La cour d'appel de Gênes s'était élevée avec raison contre cette disposition, en faisant remarquer que l'inaction des prétendus conjoints ne pouvait donner le caractère du mariage à une union où le consentement avait fait défaut d'une manière complète, et qu'une nouvelle célébration était nécessaire [2]. Il faut reconnaître cependant que la solution

[1] *Du mariage*, t. I, p. 193, n° 129.
[2] Voy. Buniva, *loc. cit.*, p. 86.

admise par le Code italien, quoique peu en harmonie avec les principes, a été atténuée de manière à ne pas présenter dans son application les mêmes inconvénients que chez nous. Ainsi, la jurisprudence française, appliquant les articles 180 et 181 du Code Napoléon, a été amenée à reconnaître que l'interdit seul a le droit de demander la nullité, et que, dès lors, s'il meurt en état d'interdiction, le mariage, même le plus extravagant, qu'il aurait contracté pendant sa démence, n'aurait jamais pu, à aucune époque, être attaqué par personne[1] !.... Le Code italien a prévu la difficulté, et, en conséquence, il accorde formellement l'exercice de l'action en nullité, non-seulement à l'interdit lui-même, mais encore, ainsi que nous l'avons vu, à son tuteur, au conseil de famille et au ministère public.

VII. En ce qui concerne la nullité pour cause d'erreur, nous aurions voulu que le Code italien fût formulé avec plus de précision que le Code français, de manière à trancher législativement la plupart des controverses si graves qui divisent encore la doctrine et la jurisprudence. Mais les rédacteurs du Code italien se sont bornés à reproduire la disposition de notre Code qui admet la nullité pour cause d'erreur *dans la personne* (*nella persona*, art. 105). Qué faut-il entendre par erreur *dans la personne ?* Le législateur ne le dit pas ; c'est la doctrine et la jurisprudence qui devront déterminer le sens de la loi, et les mêmes tiraillements qui se sont produits en France sur ce point se produiront aussi en Italie.

[1] Voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*

Du reste, nous doutons que les rédacteurs eux-mêmes du texte italien aient eu, à cet égard, des vues bien arrêtées. Il nous est impossible, en effet, d'admettre que le rapporteur de la commission du Sénat, M. Vigliani, ait exprimé l'opinion bien raisonnée de tous les membres de la commission lorsqu'il expliquait de la manière suivante la nullité pour cause d'erreur *dans la personne :*

« En ce qui touche l'erreur, le projet de Code soumis à la commission porte qu'elle sera une cause de nullité du mariage quand il s'agira d'une erreur *essentielle* dans la personne. L'adjectif *essentiel* avait été *probablement* inséré dans le projet pour dissiper l'équivoque et l'ambiguïté que présentent les expressions : *dans la personne*, empruntées au Code Napoléon. Mais il a semblé à la commission que cet adjectif *essentielle* arrivait à un résultat tout contraire, qu'il aurait pour effet d'augmenter l'incertitude, et d'ouvrir un champ nouveau à la controverse sur le point de savoir quelle erreur sera essentielle et quelle erreur ne le sera pas. Déterminée par ces considérations, la commission a supprimé le mot *essentielle*, *parce qu'il était bien entendu* (*collo intendimento*) *que la seule erreur qui tombe sur l'identité de la personne de l'une des parties contractantes pouvait donner lieu à l'annulation du mariage*. Quant à l'erreur sur une qualité quelconque, soit physique, soit morale, soit sociale, de la personne, elle ne doit jamais constituer une cause de nullité de mariage [1]. »

Voilà comment s'exprimait M. Vigliani dans son rapport. Il formulait, on le voit, une vieille opinion, depuis long-

[1] Sessione parlamentare del 1863, *Bulletin officiel*, n° 45 *bis*, p. 45.

temps tout à fait abandonnée en France, où elle est considérée aujourd'hui comme une erreur. Nous ne pouvons croire que cette opinion soit devenue prépondérante en Italie, et que l'article 105 ait été voté dans le sens d'une doctrine aussi discréditée. Les paroles de M. Vigliani nous prouvent seulement :

1° Que la commission ne savait pas quelle portée avait l'expression *erreur essentielle* dans l'esprit des premiers rédacteurs du projet;

2° Que M. Vigliani et la majorité de la commission avaient oublié la distinction à faire entre le cas où l'erreur est exclusive du consentement, et le cas où elle ne le détruit pas, mais se borne à le vicier.

Dans le cas où l'erreur porte sur l'identité de la personne, il n'y a pas du tout de consentement, il n'y a pas de mariage; il y a une vaine apparence dont le néant juridique peut être opposé en tout temps et par toute personne.

Or, que suppose l'action en nullité pour cause d'erreur admise par le Code italien? Elle suppose qu'il s'agit d'une erreur qui vicie le consentement, mais ne le détruit pas, d'une erreur par conséquent qui porte sur autre chose que l'identité physique de la personne. C'est parce que le consentement entaché d'erreur est simplement vicié et non radicalement absent, que le mariage *existe* quoique *annulable*, que le droit d'en provoquer l'annulation n'appartient qu'à l'époux qui s'est trompé, et qu'enfin le vice du mariage peut disparaître par l'effet d'une ratification ultérieure.

Il est donc certain que si l'erreur a porté sur l'identité physique de la personne, il n'y a pas mariage; que par conséquent ce n'est pas cette hypothèse qui est prévue par

l'article 105, où il est seulement question d'un mariage annulable ; que cet article prévoit d'autres hypothèses qu'il s'agit de déterminer, et, quelles que soient les déclarations faites par M. Vigliani, elles ne pourront jamais détruire l'économie de la loi, et n'auront pas plus de valeur que toute autre opinion individuelle. — Du reste, dans la commission législative, M. Precerutti déclara approuver sans difficulté la suppression de l'adjectif *essentielle*, mais pour des motifs tout autres que ceux qui avaient déterminé la commission du Sénat, lesquels auraient pour effet de trop restreindre la portée de la loi, en limitant la nullité à l'erreur sur l'identité de la personne, abstraction faite de toute autre erreur *essentielle* [1].

Aussi sommes-nous convaincu que le Code italien a eu pour but de consacrer, en matière d'erreur, la même théorie que le Code français.

Pour nous, cette théorie se réduit aux points suivants :

1° Ce n'est pas indifféremment que la locution erreur *dans la personne*, *nella persona*, a été employée de préférence à la locution, qui paraissait plus naturelle, erreur *sur la personne*, *sulla persona*.

2° Cette locution se réfère manifestement aux qualités appelées par les canonistes : *redundantes in personam*, c'est-à-dire, tellement *essentielles* ou *substantielles*, qu'elles sont en quelque sorte *intégrantes* de la personne, de façon que l'erreur sur l'une d'elles tombe réellement, pour partie, dans la personne.

3° Ces qualités sont celles qui sont tellement inhérentes à

[1] Voy. Foschini, *Motivi*, etc., sur l'art. 105, p. 83.

la personne, que leur présence est toujours présumée, de manière que l'esprit ne s'en préoccupe jamais spécialement, attendu qu'il est tout naturellement porté à croire qu'elles existent. Mais, précisément à cause de cela, précisément parce que l'existence de ces qualités *va de soi*, tant elle est naturelle, leur absence fait qu'on n'aurait pas épousé la personne si l'on avait su qu'elle en était privée. Un canoniste célèbre a formulé cette idée avec un rare bonheur d'expression :

« *Error circa qualitatem*, dit Van Espen, *dicitur redundare in personam, quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut* IMPLICITE *nolit personam, si ipsi desit qualitas in qua errat*[1]. »

4° Les qualités qui présentent ce caractère sont les suivantes :

a L'état civil,

b La faculté d'engendrer,

c La liberté de tout engagement religieux.

L'erreur qui porterait sur l'une de ces qualités et qui sera presque toujours causée par des manœuvres frauduleuses, doit pouvoir, en principe, entraîner la nullité du mariage (*in thesi*), à moins que les circonstances du fait ne démontrent que la qualité sur laquelle on s'est trompé était indifférente (*in hypothesi*).

En effet, quand un mariage se conclut, les investigations préliminaires ne porteront presque jamais sur ces qualités; leur présence est si ordinaire, si naturelle, qu'on ne suppose jamais leur absence. Quand un individu jouit d'un état

[1] *Juris ecclesiastici pars secunda*, tit. XIII, cap. III, n° 5.

civil apparent, qu'il vit comme les personnes laïques, et qu'enfin rien ne fait douter de sa faculté d'engendrer, on sera porté à tenir tout cela pour constant, et on n'ira pas faire d'enquête pour s'assurer de la présence de qualités aussi naturellement inhérentes à la personne. Donc l'erreur sur ces qualités tombe véritablement *dans la personne.*

Ces qualités présentent ce caractère remarquable qu'elles ne sont susceptibles ni de plus, ni de moins[1].

5° Au contraire, les qualités secondaires ou accidentelles sont celles qui peuvent être aussi bien absentes que présentes, et qui sont susceptibles de plus ou de moins. Elles ont trait à la fortune de la personne, à son honnêteté, à sa probité, à sa santé. Dans les mariages, les investigations des parties ne portent que sur la présence de ces qualités, précisément parce qu'elles peuvent n'exister pas, ou n'exister qu'à un degré insuffisant. Tant pis pour celui qui se trompe ou qui est trompé, l'événement prouve qu'il n'a pas su ou voulu se renseigner. Le dol ici ne fait rien à l'affaire; en matière de mariage, il n'est jamais une cause de nullité. Plus l'erreur sera grave, moins elle sera excusable.... A quel degré d'avilissement le mariage ne tomberait-il pas si, pour faire rompre une union, il suffisait de dire : Je me suis trompé !.....

[1] Il est manifeste que la *nationalité* et la *religion* d'une personne peuvent aussi (*in thesi*) être rangées parmi les qualités *redundantes in personam*. Cependant l'erreur sur ces qualités se confondra presque toujours avec l'erreur sur l'*état civil*. D'un autre côté, il arrivera fort rarement (*in hypothesi*) que l'erreur sur de semblables qualités puisse entraîner la nullité du mariage. Mais, théoriquement, la chose n'est pas impossible, et l'erreur sur ces qualités peut même, dans certaines circonstances, être beaucoup plus grave que celle qui porterait uniquement sur l'*état civil*.

VIII. La rigidité de cette doctrine a effrayé quelques juristes qui pensent que notre Code devrait, sur ce point, être singulièrement adouci, et voici comment on peut résumer leur argumentation :

Pourquoi le législateur de 1804 s'est-il montré si rigoureux? Parce qu'il admettait le divorce... Il y avait dans la possibilité du divorce un correctif à la sévérité de la loi qui n'admettait que difficilement les causes de nullité. Or, on s'est borné plus tard à supprimer le divorce sans apporter au Code aucune autre modification. Il s'en est suivi que le système primitif du Code a été dérangé dans son économie; la sévérité de la loi, quant aux causes de nullité, a été conservée après que le correctif de cette même sévérité, c'est-à-dire le divorce, avait disparu. Donc, la suppression du divorce devait provoquer nécessairement une révision des causes de nullité dans le sens de leur extension; c'est ce qui n'a pas été fait, c'est ce qu'il faudrait faire.....

A notre avis, rien de plus faux que de voir dans le divorce un correctif à la sévérité de la loi en matière de nullités de mariage. Il suffit de lire les articles 229 à 233 du Code Napoléon, pour se convaincre qu'il n'existait et qu'il ne pouvait exister aucune espèce de relation entre la théorie des nullités et celle du divorce. Le divorce, en effet, ne pouvait être prononcé que dans des hypothèses où il serait impossible de trouver une cause de nullité, quelque porté qu'on fût à les prodiguer. La suppression du divorce n'a donc aucunement dérangé l'économie de la loi, et n'appelait aucune autre modification dans le Code.

Ce qui est vrai, c'est que la législation française sur le

mariage, en ce qui touche les conditions à remplir pour en être capable, les formalités préalables à observer et l'admission des causes de nullité, est la plus sévère de toute l'Europe. Bien loin de nous en affliger, nous constatons ce fait avec orgueil.... C'est grâce à ce caractère rigide de notre législation que chez aucun peuple les mariages ne se font aussi sérieusement qu'en France, que nulle part un acte aussi grave n'est en même temps aussi réfléchi. Aussi ne voit-on presque jamais chez nous de ces mariages excentriques si communs chez les nations voisines. Ceux qui se sentent gênés sur notre sol pour contracter des unions ridicules malgré leur famille, et souvent en dépit du sens moral et du sens commun, vont à l'étranger demander à une législation complaisante ce que leur refuse la loi plus réellement libérale de notre pays. Mais quel respect pourrait leur inspirer une union contractée dans de telles conditions? Aussi les voit-on s'empresser bientôt de porter de scandaleux débats devant les tribunaux français pour demander la nullité du lien qu'ils ont si témérairement noué. Mais la loi française se ferait leur complice, si elle écoutait leur demande !... Aussi la difficulté de faire rompre même ces mariages de hasard célébrés d'une manière équivoque dans un pays lointain, contribue plus que toute autre considération à diminuer le nombre de ces irréparables folies.

Félicitons l'Italie de ce qu'ayant à choisir une loi nouvelle pour régler le mariage, elle a eu le courage d'adopter la plus sévère, et le bon sens de n'avoir pas même songé à la gâter par de dangereuses atténuations !....

IX. Passons maintenant à un autre ordre d'idées. Le Code italien a admis, comme le nôtre, des empêchements prohibitifs à côté des empêchements dirimants. Ce sont les mêmes, mais il convient de remarquer comment a été réglé l'empêchement résultant pour la veuve de la nécessité de laisser écouler dix mois avant de contracter une nouvelle union. D'abord l'article 57 déclare que l'empêchement cesse en cas d'accouchement de la veuve, — ce qui est fâcheux, car cet empêchement ne nous paraît pas être uniquement motivé par la nécessité d'éviter la *confusio partûs*, mais aussi par les convenances [1]. En second lieu, si la veuve veut se remarier avant l'expiration des dix mois, l'article 86 accorde le droit de former opposition à ses ascendants les plus proches et à tous les parents du premier mari, comme aussi à l'ex-conjoint, si le mariage, au lieu d'avoir été dissous par la mort du mari, avait été annulé par la justice. Enfin, d'après l'article 128, § 2, la veuve qui a réussi à contracter mariage avant d'avoir laissé écouler

[1] Notre excellent ami M. Boissonade, qui a bien voulu écrire un compte rendu de la première édition de cet ouvrage, ne partage pas notre opinion sur ce point. La question de convenance le touche peu, « attendu que la loi ne règle pas les devoirs de cette nature, et qu'en tout cas les convenances à cet égard seraient les mêmes, *ou à peu près*, pour l'homme veuf que pour la veuve. » — Voy. *Revue critique*, livraison d'août 1866. — On peut répondre que la situation n'est pas tout à fait la même entre le *veuf* et la *veuve*, cette dernière ayant des droits particuliers relatifs au *deuil du mari* et à l'*habitation* qu'elle peut réclamer; voy. art. 148, 1570 C. Nap. — 1415 C. Ital. Puisque la loi admet que la femme *doit* porter le *deuil* de son mari, il semble logique de lui enlever la faculté de se remarier pendant la durée de ce deuil, ou un temps analogue.— Nous ne voulons pas arguer de la possibilité d'un cas de *superfetatio*, parce que cette possibilité n'est pas admise par tous les médecins.

dix mois, est déclarée déchue de toute donation ou avantage matrimonial dérivant de son premier mari et de tout droit à la succession de celui-ci. Ces précautions multipliées, prises par le Code italien, sont de nature à nous faire croire que les veuves, en Italie, sont assez généralement portées à abréger l'*année de deuil*...

La théorie des conditions requises pour contracter mariage est complétée dans le Code italien comme dans le Code français par celle des *dispenses* qui peuvent être accordées par le chef du pouvoir exécutif (voy. art. 68). Le maintien de la faculté d'accorder des dispenses ne paraît avoir soulevé en Italie aucune objection; la suppression radicale de toute dispense, non-seulement en fait de mariage, mais en toute autre matière, apparaît cependant comme une conséquence nécessaire de la sécularisation de notre loi civile.

En droit canonique les dispenses avaient leur raison d'être, au moins dans une certaine mesure. Le pouvoir dirigeant étant déclaré investi par Dieu même du droit de lier et de délier, il en résultait que l'autorité qui avait pu établir des *empêchements*, avait aussi le droit d'accorder des *dispenses*. D'un autre côté, la supputation canonique des degrés de parenté ayant, comme on le sait, pour résultat de placer entre eux aux deuxième, troisième, quatrième degrés de parenté des personnes qui, d'après le droit civil, sont parentes à un degré plus éloigné, les dispenses devenaient nécessaires pour rendre les mariages possibles. Or, comme les dispenses étaient tarifées, la mesure prenait, on le voit, un caractère de fiscalité fortement prononcé. — Mais en droit *civil*, il ne peut plus, il ne doit plus en être ainsi. On peut concevoir des *exceptions* apportées à

une règle, mais des *dispenses*, jamais, surtout quand il s'agit de dispenses de parenté. Les *motifs graves* que l'on invoque ne peuvent avoir rien de sérieux. Ou bien il s'agira de permettre à deux personnes parentes au degré prohibé d'effacer par un mariage les conséquences d'une faute, ou bien il s'agira de considérations de famille, de biens à conserver au profit de l'héritier d'un nom.... Dans le premier cas, le motif est immoral; dans le second, il est inspiré par des préoccupations aristocratiques antipathiques à l'esprit moderne, et dans tous les cas il est ridicule d'admettre qu'un décret aura la vertu d'empêcher d'être incestueuse une union qui serait incestueuse sans cette formalité. — Avec un pareil système le ministère de la justice ressemble à une succursale de la *daterie du Vatican* plutôt qu'à une administration *civile* [1].

Ce que nous venons de dire des dispenses de parenté, on peut l'étendre aux dispenses d'âge qu'il paraît difficile de justifier moralement. Il faut que la loi soit la même pour tous ; elle ne peut pas être mauvaise pour quelques-uns lorsqu'elle est réputée bonne pour le plus grand nombre ; la seule concession possible est celle concernant la dispense d'une publication (voy. art. 78); — car il ne s'agit plus ici d'empêchement au mariage résultant du défaut d'une condition intrinsèque, mais seulement d'une formalité destinée à avertir les tiers [2].

[1] Voy. Curcio, *loc. cit.*, p. 7.

[2] La théorie des dispenses est destinée à fausser et à corrompre toutes les lois qui s'en laisseront pénétrer. On sait les graves motifs qui ont fait défendre que les magistrats d'un même siége soient parents entre eux à un certain degré. Mais comme le gouvernement

X. Les règles relatives à la preuve de la célébration du mariage, aux droits et aux devoirs qui en découlent, sont les mêmes que dans notre Code. Mais il s'en est fallu de peu qu'elles ne fussent gravement modifiées. Le projet Miglietti ne proposait rien moins, en effet, que la suppression pure et simple de l'autorisation maritale pour la femme, qui se fût trouvée ainsi tout à fait émancipée et aurait pu contracter à sa guise des engagements quelconques et aliéner ses biens sans que le mari eût le droit d'intervenir!... Une pareille énormité souleva, comme il fallait s'y attendre, une réprobation énergique de la part de tous les jurisconsultes. M. de Stefani-Nicolosi n'hésita pas à déclarer que le projet de supprimer l'autorisation maritale était une attaque directe contre la famille, et que le maintien de cette autorisation était une nécessité d'ordre public[1]. M. Buniva protesta aussi dans son examen du projet, et déclara qu'il lui était impossible d'apercevoir les inconvénients de l'autorisation maritale, admise sans difficulté dans la plus grande partie de l'Italie, et plus impossible encore de comprendre quels si puissants motifs avaient poussé la commission à en proposer la suppression[2].

Ces motifs nous sont révélés par le rapport de M. Vigliani, organe de la commission sénatoriale, qui, plus tard, fut chargée de reviser le projet.

La nécessité de l'autorisation maritale était reconnue et

est resté maître d'accorder aux magistrats des dispenses de parenté, il en résulte que ces prohibitions sont comme n'existant pas.

[1] P. 64, 65.

[2] P. 91.

appliquée sans difficulté dans toute l'Italie, excepté en Lombardie, parce que la Lombardie était encore régie par la loi autrichienne, et que l'Autriche a jugé à propos de ne pas admettre chez elle la nécessité de l'autorisation maritale. Or, on avait cru, et même un rapport ministériel en faisait foi, que la longue pratique du Code autrichien en Lombardie avait pu créer des habitudes difficiles à détruire. En conséquence, on voulait les respecter et même généraliser ce qui se pratiquait dans les anciennes provinces jadis occupées par l'Autriche. Il fallut qu'un savant juriste milanais vînt donner un démenti formel au rapport ministériel, et déclarer que les jurisconsultes et praticiens lombards avaient bien souvent déploré les funestes conséquences de la loi autrichienne, mais que fort heureusement cette loi était dépourvue d'une véritable importance pratique, attendu la persistance des vieilles habitudes juridiques fondées sur des principes tout à fait opposés. Aussi, dès que la question fut éclaircie, il n'y eut plus de difficulté, et l'autorisation maritale, un moment compromise par l'influence autrichienne, retrouva dans le Code la place qui lui était due.

Cependant, la nécessité de l'autorisation maritale a été restreinte dans des limites plus étroites qu'en France. Ainsi l'article 134, § 2, accorde au mari le droit de donner à la femme, par acte public, une autorisation générale, qu'il aura sans doute le droit de révoquer, mais qui vaudra, non-seulement pour les faits d'administration, mais encore pour ceux d'aliénation. L'article 223 du Code Napoléon porte, au contraire, que toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration de la femme. De plus, l'article 135 du Code italien

déclare que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire :

1° Quand il est mineur, interdit, absent, ou condamné à plus d'une année de prison, mais alors seulement pendant la durée de la peine ;

2° Quand il y a eu séparation de corps judiciaire motivée par la faute du mari ;

3° Quand la femme fait le commerce.

Voici comment cette importante question de l'autorisation maritale a été jugée par M. Paul Gide ; nous croyons en effet indispensable de faire connaître les appréciations d'un jurisconsulte aussi compétent sur tout ce qui touche à la *condition privée de la femme* [1] :

« La puissance maritale, dit M. Gide, est aujourd'hui consacrée d'un commun accord par toutes les législations européennes. Mais sous cet accord apparent, se cachent deux idées, deux tendances bien différentes. Certains législateurs, encore imbus du préjugé antique et païen sur l'inexpérience et la fragilité du sexe, ont vu dans l'autorité maritale un moyen de subvenir à la faiblesse de la femme et de suppléer à son incapacité ; l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes était trop gênante et trop loin de nos mœurs pour qu'ils pussent songer à la rétablir ; mais lorsqu'un protecteur naturel s'est présenté à eux dans la personne du mari, ils ont saisi l'occasion et se sont empressés de placer la femme dans la condition qui leur paraissait le mieux appropriée à ses besoins, c'est-à-dire en état de tutelle. D'autres législateurs, au contraire, ont considéré la femme comme

[1] On sait que tel est le titre d'une remarquable *Étude* publiée par M. Paul Gide, et couronnée par l'Académie des sciences morales et politiques.

douée par la nature des mêmes facultés, de la même capacité que l'homme, et s'ils l'ont soumise, dans ses actes civils, au contrôle du mari, ce n'est plus pour protéger sa faiblesse et son inexpérience, c'est uniquement pour assurer, par l'unité de direction, la bonne administration du ménage. Quoique plus raisonnable, à coup sûr, et plus libéral que le premier, ce n'est pas ce second système, il faut le reconnaître, qui a prévalu dans le Code Napoléon, ni qui prévalait naguère dans le Code de Charles-Albert. — Dans ces deux Codes, l'idée traditionnelle de l'incapacité du sexe est entrée, du moins pour une large part, dans l'organisation de la puissance maritale.—Sans cela, pourquoi ces Codes auraient-ils soumis la femme à la nécessité d'une autorisation, même dans les cas où le mari, absent, interdit ou mineur, est incapable de la fournir lui-même, et auraient-ils, dans ces cas, remplacé l'autorisation du mari par celle de la justice? Pourquoi auraient-ils exigé une autorisation *spéciale*, et n'auraient-ils pas permis au mari de s'en rapporter à la sagesse de sa femme pour décider de l'opportunité d'un contrat ou en régler les conditions?

« C'est précisément en ces deux points que le Code italien déroge à la fois et au Code français et à l'ancien Code sarde. — En premier lieu, il n'exige plus une autorisation spéciale, il n'impose plus au mari l'obligation d'intervenir comme un tuteur dans tous les contrats que sa femme aura souscrits. — Désormais, le mari qui s'absente, ou dont quelque affaire personnelle réclame tous les soins, pourra, en confiant à sa femme une autorisation générale, la laisser libre de veiller à ses intérêts elle-même et de disposer de ses biens à son gré. — Cette autorisation générale n'est

point, comme il pourrait le sembler au premier abord, une abdication détournée du pouvoir marital ; car, fût-elle donnée dans le contrat de mariage, le mari est toujours le maître de la révoquer pour l'avenir. — Une seconde innovation de la loi italienne, c'est le droit conféré à la femme d'agir seule et sans contrôle, toutes les fois que le mari est lui-même incapable ou indigne de l'autoriser ; » c'est ce qui a lieu, dit l'article 135, quand il est mineur, interdit, absent, condamné à plus d'un an d'emprisonnement, durant l'exécution de la peine ; enfin, quand il s'est rendu coupable envers sa femme de faits qui ont motivé une séparation de còrps. » Dans ces divers cas, la femme devient, pour un temps, le chef du ménage, et elle n'a plus besoin, comme autrefois sous la loi sarde ou comme aujourd'hui chez nous, de recourir sans cesse, dans la gestion de sa fortune, à l'assistance des tribunaux.

« Il est un cas cependant, continue M. Gide, où le Code exige cette assistance : c'est celui où la femme a ses droits à défendre contre son mari lui-même ; où, suivant les termes de l'article 136, « il y a opposition d'intérêts entre les deux époux. » C'est ici que le législateur italien cesse de se fier à la prudence de la femme et croit le moment venu de la protéger. Assez prudente, assez sensée pour agir au besoin, sans son mari et se passer de son secours, la femme ne le sera peut-être plus assez pour agir contre lui et pour résister à son influence. — Tel est le système de la loi italienne ; c'est, on le voit, précisément l'inverse de celui qu'ont suivi nos législateurs : chez nous, la femme se trouve-t-elle privée de l'assistance maritale, le législateur la considère comme incapable et la place sous la tutelle des tribunaux ; se trouve-t-elle en conflit d'in-

térêts avec son mari, s'agit-il pour elle de contracter avec lui, de s'obliger pour lui, le législateur l'abandonne à elle-même, la jugeant sans doute suffisamment capable pour débattre ses droits contre son époux et son maître. Tel est le contraste entre les deux législations; je laisse à juger de quel côté est le bon sens et la prudence [1]. »

Ces observations de notre savant collègue et ami sont généralement fort justes. — Mais ne sont-elles pas cependant inspirées par des tendances un peu systématiques ? — Ainsi, il est certain, et les diverses discussions auxquelles a donné lieu le nouveau Code italien en font foi, il est certain, disons-nous, que l'autorisation maritale est considérée en Italie comme une *importation française, jadis complétement inconnue, mais aujourd'hui si heureusement implantée qu'elle y a pris tous les caractères d'une institution indigène et nationale* [2]. D'un autre côté, les motifs qui autrefois rendaient peu importante la théorie de l'autorisation maritale tenaient à ce que la position sociale de la femme mariée était trop inférieure pour que l'occasion se présentât souvent pour elle de faire des actes requérant l'autorisation du mari. En effet, dans plusieurs provinces italiennes, les anciens priviléges accordés à l'*agnation* avaient prévalu; la femme n'avait sur la succession de ses père et mère que des droits restreints; — d'un autre côté, le régime dotal était d'une généralité tellement rigoureuse que les femmes, se constituant presque toujours en dot le modeste patrimoine qui leur était advenu par succession, n'avaient jamais ou

[1] *De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie*, par Paul Gide. *Paris*, 1866, p. 17.

[2] Voy. Foschini, *Motivi*, etc. sous l'art. 134.

presque jamais de biens paraphernaux. Dans une telle situation, il était vraiment difficile que l'autorisation maritale fût d'une fréquente application. Mais le nouveau Code, s'inspirant des principes d'égalité civile qui précisément forment la base de notre loi française, ayant accordé aux femmes et aux hommes les mêmes droits en matière de succession, désormais les femmes pourront avoir plus souvent une fortune extradotale considérable, et dès lors il est devenu indispensable de limiter exactement la capacité de la femme mariée, soit quant aux actes d'administration, soit quant aux actes de dispositions, soit quant à la faculté de s'obliger. Il faut donc prendre garde que l'extrême liberté civile apparente accordée aux femmes mariées par une législation, peut souvent s'expliquer par l'impossibilité de fait où elles se trouvent de procéder à un acte suffisamment important de la vie civile. L'autorisation maritale apparaît donc comme la condition essentielle de la vie civile des femmes. — Il est certain qu'elle doit être inconnue dans ces pays barbares où la femme systématiquement avilie est comptée pour rien.

Enfin, pour terminer nos observations touchant l'autorisation maritale, nous ferons remarquer que l'article 137 du Code italien, qui a pour but de reproduire l'idée exprimée par l'article 225 du Code Napoléon, emploie avec une intention évidente des expressions différentes.

D'après l'article 225 du Code Napoléon, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou *par leurs héritiers*... Or, comme il paraît impossible de trouver une hypothèse où les héritiers du mari aient intérêt à exercer cette action, les auteurs admettent, en général, que c'est par une erreur de rédaction

que l'article 225 accorde cette action aux héritiers du mari ; aussi le Code italien, qui n'a pas voulu reproduire cette erreur de rédaction, déclare que cette nullité ne peut être proposée que par le mari, la femme *et ses héritiers*... Cependant, voici un cas où l'action en nullité serait utile aux héritiers du mari : une femme commune en biens avec son mari s'est obligée envers un tiers sans l'autorisation du mari ; le mari meurt ; la femme, pour frustrer son créancier, renonce frauduleusement à la communauté ; les héritiers du mari profitent de cette renonciation. Mais le créancier frustré exerce l'action Paulienne pour faire annuler la renonciation... Dans ce cas, les héritiers du mari auront intérêt à faire prononcer la nullité pour défaut d'autorisation de l'engagement contracté par la femme. Il faut toutefois reconnaître qu'en Italie la prédominance bien constante du régime dotal ne permettra pas à une telle hypothèse de se présenter souvent.

Les controverses qui durent encore en France sur la nature de la sanction légale, destinée à rendre efficace l'obligation imposée à la femme d'habiter avec le mari, ont été tranchées d'une manière assez heureuse par le nouveau Code italien.

« *L'obligation du mari de fournir des aliments à la femme*, dit l'article 133, *cesse lorsque cette dernière ayant abandonné le domicile conjugal refuse d'y rentrer. De plus, l'autorité judiciaire pourra, selon les circonstances, ordonner au profit du mari et des enfants la saisie temporaire d'une partie des revenus paraphernaux de la femme.* »

XI. Nous arrivons maintenant au point le plus important peut-être de la matière, c'est-à-dire à la question de savoir quelles doivent être les causes de dissolution du mariage. Fallait-il admettre le divorce dans le nouveau Code, ou seulement la séparation de corps? Les rédacteurs du Code italien ont eu la sagesse de repousser le divorce, quoiqu'il fût réclamé par un grand nombre de publicistes et de jurisconsultes. M. Buniva notamment a plaidé la cause du divorce avec la chaleur et l'énergie d'une inébranlable conviction [1]; et comme cette conviction est partagée par quelques esprits, en France comme en Italie, nous croyons devoir dire quelques mots sur la question.

M. Buniva a éloquemment reproduit, en leur donnant une nouvelle force, tous les arguments proposés en faveur de l'adoption du divorce.

Il insiste principalement sur ce que le mariage est un contrat, et que la *perpétuité absolue* du *vinculum juris* n'est de l'essence d'aucun contrat; que tout contrat peut être rompu soit par le mutuel dissentiment, soit pour cause déterminée; il fait voir que lorsque la radicale impossibilité de la vie commune entre deux époux est judiciairement constatée au point qu'il soit nécessaire de prononcer leur séparation, il y a inconséquence flagrante et véritable tyrannie à maintenir d'une manière abstraite le lien conjugal, uniquement pour enlever aux époux séparés la libre disposition d'eux-mêmes, et les exposer, par suite, à tous les désordres du vice. Qu'on n'objecte pas l'intérêt des enfants, la séparation leur est aussi fatale que le divorce, puisque, dans

[1] Voy. Buniva, *loc. cit.*, p. 104 et suiv.

les deux cas, la famille est détruite. Enfin, et c'est là surtout ce qui paraît préoccuper le plus M. Buniva, l'établissement du divorce est la conséquence nécessaire de la sécularisation du mariage; car c'est l'influence des doctrines de l'Église qui a fait bannir le divorce de la législation en vigueur chez plusieurs peuples, et en conséquence, il termine son argumentation en citant les paroles suivantes d'un savant professeur de Pise, M. Gabba :

« Quand nous voyons, dit M. Gabba, que l'indissolubilité du mariage est condamnée depuis des siècles par la moitié de l'Europe; civilisée qu'en France, après avoir été supprimée par la Révolution, il fallut pour la rétablir une Chambre INTROUVABLE; qu'en Angleterre on a institué, il n'y a pas encore longtemps, une cour spéciale pour rendre plus facile la dissolution des mariages, qui ne pouvait antérieurement être prononcée que par la Chambre des lords; quand nous étudions, en un mot, tous les enseignements de l'histoire, nous sommes conduits à penser qu'avant longtemps le divorce sera la loi commune de l'Europe civilisée, et que ce résultat sera l'une des plus signalées victoires du droit philosophique sur le droit théocratique [1]. »

L'opinion professée par MM. Gabba et Buniva est générale chez tous les partisans du divorce. Ils considèrent le divorce comme étant la conséquence nécessaire de la sécularisation du mariage, et ils veulent l'introduire dans les Codes, surtout parce que l'Eglise catholique le repousse.

Il y a déjà longtemps cependant que la question du di-

[1] GABBA, *Studii di legislazione comparata*, p. 238, cité par M. BUNIVA, *loc. cit.*, p. 113.

vorce a été nettement détachée des doctrines théologiques. Un homme dont l'opinion, en pareille matière, ne saurait être suspecte, Auguste Comte, disait avec infiniment de raison : « *Il est aisé de reconnaître que pour un grand nombre d'esprits actuels, le grand principe social de l'indissolubilité du mariage n'a, au fond, d'autre tort essentiel que d'avoir été dignement consacré par le catholicisme... Sans cette sorte d'instinctive répugnance, en effet, la plupart des hommes sensés comprendraient aisément aujourd'hui que l'usage du divorce ne pourrait constituer véritablement qu'un premier pas vers l'entière abolition du mariage.* »

Il ne faut donc établir aucune relation entre la sécularisation du mariage et le divorce ; et puisqu'un grand nombre d'esprits ne reconnaissent pas l'autorité des décisions canoniques, il faut chercher une autre base à la doctrine de l'indissolubilité, une base purement scientifique et qui puisse être proposée à tous, même à ceux qui ne sont pas catholiques. D'ailleurs, ce n'est pas parce que l'Église l'a dit que le mariage est indissoluble, mais c'est parce qu'il est indissoluble de sa nature que l'Église a déclaré qu'il devait l'être.

Au point de vue scientifique, le seul argument des partisans du divorce est celui-ci : le mariage est un *contrat*. Or, l'indissolubilité ne saurait être de l'essence des contrats, qui peuvent être résiliés soit d'un commun accord, soit pour cause déterminée.

Cette assertion n'est pas exacte : il y a des contrats indis-

[1] *Cours de Philosophie positive*, t. V, p. 687, note.

solubles par essence ; tel est le contrat d'adoption, et nous allons voir qu'il en est de même du mariage.

Remarquons d'abord que le mariage doit être contracté purement et simplement, et que par conséquent il est forcément exclusif de tout terme ou condition soit suspensive, soit résolutoire. Le nouveau Code italien a même pris soin de le déclarer textuellement :

« *La déclaration des parties de se prendre réciproquement pour mari et femme*, dit l'article 95, *ne peut être soumise à un terme, ni à une condition. Si les parties ajoutent à leur déclaration un terme ou une condition et y persistent, l'officier de l'état civil ne pourra procéder à la célébration du mariage.* »

Rien de plus évident que ce point de doctrine, sur lequel on n'insiste pas assez à notre avis, et qui contient certainement un principe de solution.

Puisqu'on veut, en effet, que le mariage soit traité comme un contrat, et non comme une institution sociale, la question se réduit, en définitive, à savoir si les modes d'extinction qui existent pour les obligations contractuelles en général lui sont applicables.

Ces modes d'extinction sont énumérés par la loi (article 1234 Code Napoléon, art. 1236 Code italien). Nous voyons d'abord que la *nullité*, comme cause d'extinction, est applicable au mariage, mais il est remarquable qu'aucun des autres modes ne peut mettre fin à l'union conjugale.

Je ne ferai d'observation qu'en ce qui concerne l'effet de la condition résolutoire, toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184 C. Nap., art. 1236 C. It.). Il est certain que, dans les contrats ordinaires,

la condition résolutoire pourrait êtreexpresse, car si elle ne pouvait pas être insérée expressément, elle ne pourrait pas être considérée comme sous-entendue. Or, le mariage pourrait-il être contracté sous condition résolutoire expresse, c'est-à-dire avec la clause qu'il serait résilié faute par l'une des parties d'exécuter les obligations qui en dérivent ? Évidemment non ; il doit être contracté purement et simplement, absolument comme l'adoption. Donc, si une pareille condition ne peut pas exister *expressément*, elle ne peut être *sous-entendue* [1].

Cela étant, lorsque l'un des conjoints a violé le contrat dans les cas prévus par les articles 229 à 232 Code Napoléon, 150 à 152 Code italien, (pourquoi ces cas seulement, et non pas tous les autres ?), nous nous demandons quelle est la base juridique de l'action en divorce qui n'est, remarquons-le bien, qu'une action en résolution intentée par l'autre époux? Il n'y en a pas... à moins qu'on ne veuille lui en donner une dans l'arbitraire du législateur. Et alors pourquoi ne pas admettre aussi la possibilité de faire rompre l'adoption ? Ce serait bien moins grave que la dissolution du mariage. Mais qui ne voit que l'état des personnes ne peut pas être ainsi flottant et indéterminé, et qu'une fois qu'il a été régulièrement créé, il s'impose comme un fait et ne peut pas être détruit! Cette dernière observation nous

[1] C'est en vain qu'on opposerait la maxime : *Expressa nocent, non expressa non nocent;* cette règle n'est vraie que pour certains actes que les Romains appelaient *légitimes*, dont la formule se référant à un fait supposé, actuel ou passé, ne pouvait se prêter à l'inclusion d'un terme ou d'une condition; cette règle avait pour but unique d'éviter ce qu'on appelle : une *contradiction dans les termes* (voy. l. 77, D. 50, 17, *De diversis regulis juris*).

conduit aussi à repousser le divorce par mutuel consentement. Le mutuel consentement ne peut avoir pour effet la dissolution d'un contrat, que si les choses sont encore entières, *rebus adhuc integris*. Or, jamais il n'en est ainsi en matière de mariage : le lien qui s'est formé a créé un état civil qui ne peut être détruit ; l'accord qui interviendrait serait plutôt un nouveau contrat. A ce nouveau contrat il faudrait appliquer toutes les règles concernant la validité du consentement dans les contrats ordinaires, c'est-à-dire la théorie de la violence, de l'erreur, du dol... Le divorce ne pourrait-il pas, en effet, avoir été imposé à une partie par la violence ?... De sorte que huit ou neuf années après le divorce ou la cessation de la violence, on pourrait voir se produire une action en nullité du divorce, et la vie des conjoints pourrait s'écouler presque entière au milieu de toutes ces fluctuations, sans qu'on pût savoir au juste s'ils sont mariés ou s'ils ne le sont pas... Et qu'arriverait-il si, au moment où la nullité du divorce était prononcée pour cause de violence, le conjoint auteur de la violence était déjà marié avec une autre personne ?...

Reconnaissons donc qu'il est impossible d'appliquer au mariage les règles des contrats ordinaires ; que la dissolution du mariage manquant de base juridique, hors le cas de mort, il est indissoluble par sa nature ; les croyances religieuses et les considérations morales ne peuvent exercer aucune influence sur cette solution, si ce n'est ajouter deux motifs de plus pour la faire adopter.

La simple séparation de corps suffit pour atténuer, dans la mesure de ce qu'il est humainement possible de faire, les inconvénients des unions malheureuses. Il n'est pas vrai de

dire que la séparation est aussi fatale à la famille et aux enfants que le divorce, car elle laisse l'espoir d'une réconciliation. D'ailleurs, les enfants ne voient pas leur mère contracter une nouvelle union du vivant de leur père, et ce spectacle serait, à notre avis, pour la famille, le plus actif de tous les dissolvants.

L'indissolubilité du mariage doit donc être maintenue pour deux motifs : d'abord, parce que la nature juridique du mariage veut qu'il soit indissoluble ; en second lieu, parce que le divorce est incompatible avec l'institution sociale de la famille.

L'Italie a donc bien fait de ne laisser de place dans son Code que pour la séparation de corps. Voyons maintenant comment elle l'a réglementée.

XII. Indépendamment des causes de séparation admises par le Code Napoléon, la loi italienne en a introduit quelques autres. Ainsi, l'article 150 déclare que la séparation pourra être demandée pour cause d'*abandon volontaire*. On trouvera peut-être qu'il était inutile de prévoir spécialement ce cas, constituant presque toujours une injure grave. On pourrait faire la même observation pour une autre cause de séparation qui nous paraît fort légitime. Le même article décide, en effet, que la séparation pourra être demandée pour cause d'adultère du mari, non-seulement quand il a entretenu sa concubine dans la maison commune, mais encore lorsqu'il l'entretient *notoirement* dans un autre lieu. Néanmoins, il était bon que la loi s'expliquât pour lever toute hésitation de la part des juges.

L'article 151 admet, comme la loi française, que la condamnation de l'un des époux à une peine criminelle est une

cause de séparation pour l'autre; mais il ajoute : excepté dans le cas où la condamnation est antérieure au mariage et a été connue de l'autre époux [1]. Enfin, l'article 152 accorde à la femme le droit de demander la séparation lorsque le mari, sans aucun juste motif, refuse d'adopter une résidence fixe, ou bien lorsque, en ayant les moyens, il refuse d'établir sa résidence *d'une manière convenable d'après sa condition.* Nous ne saurions approuver une semblable disposition. Sans doute, le mari ne peut obliger sa femme à mener une existence tout à fait nomade ; mais, si la femme refuse de suivre son mari et que ce dernier continue son genre de vie, il y aura de sa part soit *abandon volontaire*, soit *injure grave*, peut-être les deux choses réunies, et il était inutile d'introduire dans la loi une cause de séparation implicitement contenue dans les autres. Mais c'est surtout la deuxième partie de l'article 152 qui nous paraît dangereuse. Comment ! la

[1] M. Batbie, s'occupant de cette hypothèse, et surtout de celle où il s'agit d'une peine perpétuelle qui, avant la loi du 31 mai 1854, aurait entraîné la mort civile, propose de permettre au conjoint du condamné de demander la dissolution du mariage et de la faire prononcer en justice, *afin*, s'il est jeune, *de n'être pas condamné à un long célibat...* « Telle que je la propose, dit M. Batbie, la disposition ne serait pas un cas de *divorce*, mais un cas de *dissolution*, avec cette particularité qu'au lieu d'être forcée, comme elle l'a été jusqu'à 1854, la dissolution ne serait que facultative au gré du conjoint du condamné » (*Correspondant, loc. cit.*, p. 95). — Les mots ne font rien ; l'action facultative en dissolution de mariage ne serait que l'action en divorce de l'article 232 du Code Napoléon. Sans doute la position du conjoint d'un condamné est bien triste, mais pas plus que la position de son père, de ses enfants, etc. Ce sont là des malheurs individuels qui, de même que les cas fortuits, peuvent atteindre le plus honnête homme, sans que la loi en soit rendue responsable, sans qu'il y ait lieu de détruire cette solidarité forcée qui existe entre les membres d'une même famille.

femme se plaint que son mari n'établit pas sa résidence d'une manière conforme à sa condition... et quel est le juge naturel d'une pareille question de convenance personnelle? N'est-ce pas le mari lui-même ? Comment les tribunaux pourraient-ils se mêler de semblables appréciations; d'après quelle mesure détermineraient-ils le degré plus ou moins grand d'inconvenance ?... Aussi n'hésitons-nous pas à considérer l'article 152 comme contenant une disposition malheureuse ; il fallait, en cette matière, tout réduire à la question d'*injure*. Si, par exemple, un homme riche veut obliger sa femme à vivre comme si elle était sans fortune, à travailler de ses mains pour un salaire, s'il ne lui accorde que le strict nécessaire, nous comprenons qu'une pareille conduite puisse quelquefois constituer une injure et motiver, à ce titre, une demande en séparation. Mais, avec l'article 152, il faudrait décider qu'une femme aurait le droit d'obtenir la séparation parce que son mari, pouvant et devant même, au jugement du monde, habiter un palais dans une capitale, préfère résider dans une très-modeste maison au milieu d'une lande déserte...

XIII. Nous trouvons encore au titre de la *Séparation de corps* une disposition que nous ne saurions assez énergiquement condamner. C'est celle contenue dans l'article 158, ainsi conçu :

« *La séparation des époux par consentement mutuel pourra avoir lieu moyennant l'homologation du tribunal.* »

La loi française, mieux inspirée, et quoiqu'elle eût admis le divorce par consentement mutuel, avait cependant prohibé la séparation volontaire. Mais pourquoi avait-elle ainsi décidé? — « La vérité est, dit M. Demolombe, que ce mode de séparation de corps ne pouvait être qu'inutile ou frau-

duleux : inutile, parce que si les époux sont vraiment d'accord pour trouver l'existence commune insupportable, ils n'ont pas besoin de jugement pour la faire cesser ; — frauduleux, parce que la séparation de corps, emportant toujours la séparation de biens, aurait pu offrir ainsi aux époux le moyen facile de tromper leurs créanciers (art. 311, 1443). — Ajoutez enfin que cette faculté, et peut-être même l'espoir de se réunir plus tard, que les époux auraient toujours conservé, auraient multiplié scandaleusement ces sortes de séparations volontaires [1]. »

Il semble que ces raisons soient péremptoires, néanmoins il y a encore des personnes qui persistent à désirer que la séparation de corps puisse avoir lieu volontairement. Quels peuvent donc être les graves motifs d'une telle conviction? On ne croirait jamais combien ils sont futiles; les voici : Les débats publics de l'audience, dirigés souvent par les avocats d'une manière acerbe et acrimonieuse, aigrissent beaucoup plus les époux l'un contre l'autre que les griefs antérieurs qu'ils pourraient respectivement invoquer; de sorte qu'une réconciliation est bien plus difficile après les plaidoiries qu'avant. Au contraire, une séparation volontaire consommée selon toutes les règles de la politesse et du savoir-vivre, laisserait toujours entier l'espoir d'un raccommodement, et présenterait de plus cet avantage que le scandale des débats publics serait évité.

Ce qu'il y a de plus clair dans cette opinion, c'est qu'avant toute chose elle consacre une incroyable facilité de séparation sur l'espoir menteur d'une réconciliation chimérique..... Aussi les motifs qu'elle allègue ne sont qu'ap-

[1] *Du mariage*, t. II, p. 499, n° 400.

parents, et en réalité elle est le produit de préoccupations aristocratiques diamétralement contraires aux mœurs publiques de l'époque.

On voudrait donner aux gens mal mariés qui appartiennent aux classes distinguées de la société le moyen de se séparer officiellement et pourtant sans bruit, en quelque sorte à huis clos, sans les mettre dans la nécessité d'initier le public aux misères de leur intérieur ; en un mot, le but réel de la doctrine sur la séparation volontaire, c'est de sauvegarder l'honneur et la considération des familles.

En s'inspirant du même point de vue, le comte de Maistre était logiquement conduit à regretter les lettres de cachet et la Bastille... « Où serait le grand malheur, dit-il quelque part, si le souverain pouvait, de son autorité propre, faire enfermer un mauvais sujet sur le point de déshonorer sa famille? Est-ce que l'Etat, la famille et le mauvais sujet lui-même ne devraient pas le remercier?.... »

Pour nous, nous avons d'autres pensées : nous estimons que chacun doit porter ostensiblement la responsabilité de ses actes, et que tout ce qui ressemble au huis clos est antipathique aux mœurs modernes. La crainte que les débats publics ne soient de nature à faire déchoir une famille de sa considération est fondée, il est vrai, dans une certaine mesure ; mais c'est pour cela que cette crainte nous paraît salutaire, car on ne saurait dire combien, chaque année, elle empêche de demandes en séparation, et, en définitive, nous préférons un système qui rend les séparations plus difficiles à celui qui semble les provoquer à plaisir. D'ailleurs il ne faut pas s'y tromper : le divorce, avec sa brutale netteté, serait peut-être moins fatal à l'institution du mariage

que cette doucereuse doctrine qui semble dire aux époux : *Séparez-vous d'abord sans bruit pour avoir plus tard le plaisir du raccommodement ; — au fond, vous êtes peut-être des misérables, mais le public n'en saura rien, et l'honneur du nom sera sauf* [1] !

§ 6.

I. De la filiation. — Du désaveu de paternité.
II. Des enfants nés hors mariage.
III. De la légitimation des enfants naturels.
IV. De l'adoption.
V. De la puissance paternelle. — Des devoirs des parents.
VI. De l'administration légale des père et mère quant aux biens de leurs enfants.
VII. De la tutelle et de l'interdiction.
VIII. De la curatelle du faible d'esprit et du prodigue.
IX. Des registres des tutelles et curatelles.
X. Des actes de l'état civil.

I. Quelques modifications assez graves aux règles contenues dans le Code Napoléon, en matière de filiation, ont été admises par le Code italien. Le mari ne pourra pas, en général, désavouer l'enfant né de sa femme en alléguant son impuissance, mais il le pourra, dit l'article 164, dans le cas d'impuissance *manifeste*.

L'article 165 paraît avoir eu pour but de reproduire, purement et simplement, l'article 313 du Code Napoléon. Mais les rédacteurs du Code italien, en voulant trancher une question controversée que soulève notre texte français, ont malheureusement détruit la véritable économie de cet article 313.

[1] M. le professeur Alfonso Cavagnari, de Parme, donne la plus complète adhésion à notre doctrine dans la brillante préface dont il a fait précéder sa traduction italienne de la première édition de ce livre. — Voy. p. xv.

En effet, cette disposition porte que le mari ne pourra désavouer l'enfant, même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, *auquel cas* il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

Il résulte de là que, pour triompher dans l'action en désaveu, il ne suffit pas de prouver : 1° l'adultère de la femme ; 2° le recel de la naissance, parce que, malgré ces deux faits, il pourrait encore être vrai que le mari eût cohabité avec sa femme, et fût réellement le père de l'enfant. Aussi l'article 313 demande-t-il, de plus, un troisième élément de preuve, c'est-à-dire des *faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant*, en d'autres termes des faits impliquant une *impossibilité morale de cohabitation.*

Mais il y avait une petite controverse sur le point de savoir si l'adultère devait résulter d'un jugement rendu par le tribunal de police correctionnelle, ou s'il pouvait être directement allégué et prouvé devant le tribunal saisi de la demande en désaveu ; les rédacteurs du Code italien ont voulu trancher cette controverse, mais en le faisant, ils ont tout à fait détruit l'économie de l'article 313 du Code Napoléon. Voici, en effet, la traduction littérale de l'article 165 :

« Le mari ne peut désavouer l'enfant pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée. Dans ce cas, il est admis à prouver, par tous les moyens possibles, même dans l'instance en désaveu, aussi bien les faits de l'adultère et du recel de la naissance *que les autres faits tendant à exclure la paternité.* » Il semble donc résulter des termes de cette disposition qu'il suffira de prouver l'adultère de la femme et le recel de la naissance pour que le

désaveu soit admis, c'est-à-dire deux faits qui ne sont pas nécessairement exclusifs de la paternité, car ce n'est qu'incidemment que la loi parle des *autres faits* tendant à exclure la paternité, mais elle ne subordonne pas à la preuve qui en sera faite l'admissibilité du désaveu.

L'article 165 déclare, en outre, que l'aveu seul de la mère ne suffit pas pour faire repousser la paternité du mari. Cela est manifeste et n'avait pas, ce semble, besoin d'être dit.

II. La condition des enfants nés hors mariage, quoique réglée d'après les principes consacrés par le Code Napoléon, a cependant été notablement changée sur plusieurs points. Nous remarquons d'abord que l'article 183 déclare que l'enfant naturel reconnu par l'un des époux qui l'aurait eu avant son mariage, ne peut être introduit dans la maison commune sans le consentement de l'autre époux, à moins que ce dernier n'eût déjà donné son adhésion à la reconnaissance. On ne peut qu'approuver cette sage mesure.

La recherche de la paternité et celle de la maternité sont restreintes dans les mêmes limites que par notre Code. Elles ne peuvent avoir lieu dans aucun des cas où la reconnaissance est prohibée. « Cependant, dit l'article 193, le fils naturel aura toujours action pour obtenir des aliments :

« 1° Si la paternité ou la maternité résulte indirectement d'une sentence civile ou pénale ;

« 2° Si la paternité ou la maternité résulte d'un mariage déclaré nul ;

« 3° Si la paternité ou la maternité résulte d'une déclaration expresse contenue dans un écrit émané du père ou de la mère. »

Ces importantes décisions ont, on le voit, pour effet de trancher implicitement plusieurs graves controverses, et de concilier assez heureusement les intérêts des enfants nés hors mariage avec les droits de la famille légitime qu'il ne faut jamais perdre de vue.

III. Ce système de conciliation, si difficile à bien organiser, devait trouver son complément dans la théorie de la légitimation des enfants naturels.

Dans notre droit, cette légitimation ne peut résulter que du mariage subséquent des père et mère. Par conséquent, dans les cas où, par l'effet d'une circonstance quelconque, le mariage subséquent des père et mère est impossible, les enfants naturels seront privés du bienfait de la légitimation, malgré le désir que pourraient avoir leurs auteurs d'effacer, autant qu'il est en eux, le vice de leur naissance.

Or, il est d'une bonne politique de favoriser, autant que possible, la légitimation, pourvu cependant que les intérêts de la famille légitime ne soient pas compromis. Mais ces intérêts une fois sérieusement sauvegardés, il ne peut y avoir qu'un grand avantage à faciliter l'accès de la légitimité aux enfants nés hors mariage. Le Code italien l'a bien compris, et, en conséquence, il a admis la légitimation par décret du chef de l'Etat. Mais la loi n'a pas voulu abandonner à l'arbitraire du prince la décision sur les demandes en légitimation, et l'article 198 détermine avec soin les conditions qui doivent se trouver réunies pour qu'une telle faveur puisse être accordée :

« La légitimation, dit l'article 198, ne peut être accordée

par décret du prince que moyennant le concours des conditions suivantes :

« 1° Que la demande en soit faite par le père et la mère, ou l'un des deux ;

« 2° Que le demandeur n'ait point d'enfants légitimes, ni légitimés, ni de descendants d'eux ;

« 3° Que le même demandeur se trouve dans l'impossibilité actuelle de légitimer ses enfants naturels par mariage subséquent ;

« 4° Que dans le cas où le demandeur serait marié, il produise le consentement de son conjoint. »

La disposition contenue dans l'article suivant complète ce système :

« Lorsque le père ou la mère, dit l'article 199, aura exprimé dans son testament ou dans un acte public la volonté de légitimer ses enfants naturels, ces derniers pourront, après la mort de leur auteur, demander eux-mêmes leur légitimation, pourvu qu'au moment de cette mort les conditions prévues par les §§ 2 et 3 de l'article précédent se trouvent réunies, c'est-à-dire l'absence de tous autres descendants légitimes ou légitimés déjà, et l'impossibilité du subséquent mariage.

« Dans ce cas, ajoute l'article 199, la demande sera communiquée aux deux plus proches parents de l'auteur défunt, choisis parmi ceux qui sont parents au moins au quatrième degré. »

Nous approuvons complétement cette réglementation libérale de la légitimation. Car cette institution est un éclatant hommage rendu à la famille légitime ; et renfermée dans de justes limites, elle ne peut qu'exercer une heureuse

influence sur la moralité publique. — Il faut cependant reconnaître que tout le monde n'admet pas l'exactitude d'une telle appréciation. — « Il y aura toujours à craindre, dit en effet M. G. Boissonade, que le mariage subséquent, qui doit être le mode le plus encouragé de légitimation, ne soit négligé par suite de la désaffection, de la vanité, ou des préjugés des classes, et qu'une fois qu'il sera devenu impossible par le décès de l'un des parents de l'enfant naturel, l'autre ne demande au prince le bienfait de la légitimation qu'il aurait pu trouver dans le mariage. Si d'ailleurs cette légitimation royale est une bonne institution, pourquoi est-elle donc limitée au cas où le postulant n'a pas d'enfants légitimes ? Elle devrait être possible dans les mêmes cas que celle qui a lieu par mariage subséquent. Disons-le franchement, le législateur n'a fait là qu'une concession complaisante aux idées aristocratiques ; le rescrit du prince est un grand bienfait pour l'enfant, c'est vrai, mais il ne sera jamais une réparation pour une mère qui n'est plus, ni pour la moralité offensée [1]. » Les craintes de M. Boissonade ne sont-elles pas bien exagérées ? L'incertitude quant au prédécès du père ou de la mère ne suffirait-elle pas pour empêcher que le mariage subséquent ne soit systématiquement refusé par l'un des deux qui attendrait la mort de l'autre pour demander alors en faveur de l'enfant commun une légitimation par rescrit du prince ? Est-ce que le plus souvent l'impossibilité de procéder à un mariage subséquent ne tiendra pas à des circonstances étrangères à tout calcul intéressé, de la part du père ou de la mère ? Et alors pour quel motif refuser à

[1] *Loc. cit.*

l'enfant naturel le bienfait, et au survivant de ses père et mère la satisfaction d'une légitimation? D'ailleurs, suivant la remarque de M. Gide, c'est la légitimation par décret royal qui a permis de frapper d'une prohibition formelle, ainsi que nous le verrons plus tard, un acte que les principes du droit et ceux de la morale condamnent également, l'adoption de l'enfant naturel [1]. — Il nous est donc impossible de trouver à ce genre de légitimation quelque chose d'aristocratique.

IV. Nous n'en dirons pas autant de l'adoption, qui ne doit être reçue dans un Code qu'avec une extrême réserve.

On sait pourquoi l'adoption était en si grande faveur à Rome. C'est qu'elle cadrait parfaitement avec la constitution purement politique de la famille. Au moyen de l'adoption, les grandes familles patriciennes étaient conservées, les *sacra privata* ne périssaient pas, et les grandes familles plébéiennes trouvaient le moyen de pénétrer peu à peu dans le véritable patriciat.

L'adoption se présente donc avec un caractère manifestement aristocratique, et de plus comme une institution rivale du mariage, et par conséquent ennemie de la famille. C'est pour cela qu'elle ne fut jamais reçue en France, où la famille avait été organisée sur la base des idées chrétiennes et non d'après des vues politiques. Si les lois de la Révolution se sont empressées de faire revivre l'adoption, il faut reconnaître que ç'a été plutôt dans un esprit de pure réaction contre l'ancienne jurisprudence que par l'effet d'une

[1] *Loc. cit.*, p. 21.

saine appréciation de cette aristocratique institution. Aussi, lors de la discussion du Code Napoléon, l'abolition de l'adoption fut-elle nettement proposée par plusieurs; mais le Premier Consul, qui songeait dès lors, peut-être, à la reconstitution de la noblesse, s'y opposa énergiquement. Il aurait même voulu que l'adoption imitât complétement la nature, et rendît l'adopté tout à fait étranger à sa famille naturelle, car, disait-il, « *les enfants adoptifs seront toujours préférables aux enfants selon la nature, attendu qu'on les aura choisis...* » Heureusement que ces idées n'ont pas prévalu. Mais comme l'adoption, même atténuée dans ses effets, est encore d'une utilité fort contestable et n'a jamais sérieusement pénétré dans nos mœurs, nous la verrions disparaître sans regret. Tout au plus pourrait-on conserver l'adoption rémunératoire. Avec ce genre particulier d'adoption, et la possibilité de légitimer les enfants naturels par décret du souverain, lorsque le mariage subséquent est impossible, nous croyons qu'on peut donner satisfaction, dans la juste mesure de ce qui convient, à toutes les aspirations légitimes. Nous pensons donc que le Code italien aurait dû limiter l'adoption aux hypothèses où elle est destinée à être le prix d'un grand service.

Les auteurs du dernier projet soumis à la commission sénatoriale avaient partagé de tout point les idées que nous venons d'émettre au sujet de l'adoption, et en conséquence ils l'avaient purement et simplement rejetée. Mais les membres de la commission du Sénat n'envisagèrent pas la question sous le même point de vue ; ils trouvèrent avantageux de conserver une institution reçue en Italie de toute antiquité, et, chose singulière, ils ont supprimé dans le nouveau

Code l'adoption rémunératoire, qui pouvait à la rigueur être maintenue, pour ne conserver que l'adoption ordinaire. Ils ont même rendu celle-ci plus facile. En effet, selon le Code italien, il n'est plus nécessaire d'avoir donné des soins pendant un temps quelconque à celui qu'on se propose d'adopter (art. 202). La tutelle officieuse est dès lors inconnue; on peut adopter un mineur pourvu qu'il ait dix-huit ans accomplis (art. 206). Les formalités de l'adoption sont fort abrégées; le contrat est passé au greffe de la cour d'appel, et c'est la cour d'appel seule qui statue sur la convenance de l'adoption. Il faut enfin mentionner que la question de savoir si on peut adopter un enfant naturel reconnu est tranchée dans le sens de la négative par l'article 205, aux termes duquel : « *Les enfants nés hors mariage ne peuvent être adoptés par leurs auteurs.* »

V. Après avoir réglementé l'adoption, le Code italien s'est occupé de la *puissance paternelle*. Cet important sujet préoccupe depuis quelques années les publicistes, et il n'est pas rare d'entendre dire que, de nos jours, l'autorité du père de famille n'est pas suffisamment protégée, et on en rend responsables les lois de la Révolution, qui auraient fâcheusement influé sur la rédaction du Code Napoléon. Il y a ici une équivoque qu'il importe de faire disparaître. Tout le monde connaît les caractères principaux de l'antique *patria potestas* des Romains. Ce qu'il y avait d'exorbitant dans la constitution de cette extraordinaire puissance, ce n'est pas tant le droit de vie et de mort accordé au chef sur la personne de ses subordonnés, que la suppression radicale dans la famille de toute individualité juridique autre que

celle du père. Le fils ne pouvait rien avoir, rien posséder; dans les rapports juridiques, il était à peu près comme n'existant pas; il était complétement absorbé par la personnalité du père.

Il est vrai que cette *patria potestas* fut adoucie par l'institution des pécules et quelques constitutions des empereurs chrétiens; mais, au point de vue des intérêts matériels, elle conserva toujours son caractère primitif, et c'est avec ce caractère qu'elle régna sans interruption dans les pays de droit écrit, où, jusqu'à la Révolution, les enfants ne jouissaient à aucun âge du droit de disposer librement de leurs biens à titre gratuit, et étaient plus ou moins gênés dans tous les autres actes de la vie civile.

Les pays de coutumes, au contraire, avaient respecté l'indépendance juridique des fils de famille, et le droit canonique, d'accord avec les coutumes, n'avait jamais voulu admettre les exagérations de la loi romaine.

Ce sont ces exagérations, dont l'ensemble formait cette chose odieuse qu'il était convenu d'appeler : *la puissance paternelle*, que les lois de la Révolution eurent pour but de faire disparaître. C'est pour appliquer à toute la France les principes en vigueur depuis des siècles dans la plupart des coutumes, que le décret du 28 mars 1792 abolit en faveur des majeurs la *puissance paternelle*, désormais restreinte sur la personne des mineurs, et que le décret du 20 septembre suivant fixa la majorité des Français à vingt-un ans.

Ces décrets, en faisant cesser, à partir de vingt-un ans, tout rapport officiel de dépendance entre les enfants et leurs père et mère, dépassaient certainement le but; mais le Code Napoléon est venu plus tard concilier heureusement l'in-

dépendance juridique des enfants avec la déférence qu'ils doivent montrer dans tous les actes de la vie pour la volonté de leurs auteurs. Aussi les améliorations dont le Code Napoléon serait susceptible à cet égard se réduisent pour nous à bien peu de chose, et il nous semble qu'elles ont été réalisées dans le Code italien.

La loi italienne ne reconnaît pas, en effet, les distinctions embarrassantes consacrées par notre législation entre l'emprisonnement *par voie d'autorité* et l'emprisonnement *par voie de réquisition;* entre l'hypothèse où l'enfant a des biens personnels et celle où il n'en a pas. Dans tous les cas, et quel que soit l'âge de son enfant mineur non émancipé, le père, en vertu de l'autorisation du président, peut placer son fils, pour tout le temps qu'il voudra, dans telle maison d'éducation ou de correction qui lui paraîtra la plus convenable pour obtenir son amendement. Dans tous les cas, l'ordonnance rendue par le président du tribunal peut être déférée au président de la Cour (art. 221 et suiv.).

Mais les rédacteurs du nouveau Code italien paraissent avoir été moins bien inspirés quand ils ont cru devoir reproduire dans le texte de l'article 221 la disposition de notre article 374 portant que : l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, *si ce n'est pour enrôlement volontaire.* Une telle faculté laissée aux enfants n'est-elle pas attentatoire à l'autorité du chef de la famille ? Et, selon la juste remarque de M. Curcio, peut-on penser qu'il sera un bon soldat, attaché à son drapeau et fidèle à la discipline, celui qui a ainsi cherché à se soustraire à l'autorité de son père [1] ? Aussi pensons-nous que ce n'est pas avec de tels

[1] Voy. *loc. cit.*, p. 38.

moyens qu'il convient de développer et d'entretenir l'esprit militaire dans une nation, surtout lorsque le recrutement de l'armée y est assuré par une loi obligatoire pour tous les citoyens. D'ailleurs, nous tenons fort peu au développement de l'esprit militaire, c'est l'*esprit civil*, ce sont les vertus *civiques* qui font la véritable force d'un peuple, et la loi qui subordonnerait à l'assentiment des chefs de famille les enrôlements volontaires ne compromettrait certes pas la défense nationale.

La puissance paternelle se trouve donc, à peu de chose près, organisée en Italie d'après les principes formulés dans notre Code. Nous en dirons autant de la théorie des devoirs des parents envers leurs enfants qui forme en quelque sorte le corollaire de la puissance paternelle. — Nous devons cependant noter les vives critiques adressées par M. Curcio au système généralement adopté en cette matière.

M. Curcio trouve singulier qu'au nombre des devoirs imposés au père de famille, il ne s'en trouve aucun qui puisse clairement se rapporter à l'instruction obligatoire ; qu'aucun droit ne soit accordé au fils pour le choix d'un état, alors cependant que le mineur, qui est en tutelle, doit être entendu par le conseil de famille touchant le genre d'éducation qu'il doit recevoir aussitôt qu'il a atteint l'âge de dix années (art. 278). — La loi se borne à obliger les père et mère à *nourrir, élever* et *instruire* les enfants légitimes (art. 138), en refusant à ces derniers toute action pour leur établissement par mariage ou autrement. Or, quand il s'agit des enfants naturels, l'article 186, qui n'a pas d'équivalent dans notre Code, oblige les père et mère non-seulement à *nourrir*, *élever* et *instruire* leurs enfants naturels reconnus, mais encore à

leur donner une profession ou un art (*avviare ad una professione o ad un' arte*); d'où il suit que pendant leur vie les père et mère ont des obligations plus étendues envers leurs enfants naturels qu'envers leurs enfants légitimes. Les enfants légitimes ne paraissent même pas aussi bien traités que les enfants adoptifs, car l'article 211 oblige les père et mère adoptifs à continuer, le cas échéant, l'éducation de l'adopté, et à lui fournir les *subsides* et *aliments* dont il peut avoir besoin. — Or, dit M. Curcio, si l'expression *subsides* signifie quelque chose, il est manifeste que les enfants légitimes qui ne peuvent réclamer que des *aliments*, et non pas des *subsides*, sont placés dans une condition inférieure. — C'est seulement à la mort de leur auteur que leur dignité sera rendue manifeste par l'ouverture de leurs droits successoraux[1].

Ces critiques nous paraissent exagérées. — D'abord le principe de l'instruction obligatoire est dignement consacré par le Code italien qui a reproduit dans le même esprit la déclaration de notre article 203. « Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et *élever* leurs enfants. » Le texte italien est même plus explicite que le texte français, puisqu'il parle de l'obligation d'*entretenir*, *élever et instruire* (*mantenere*, *educare ed istruire la prole*). — Du reste, aucun doute ne peut s'élever sur le sens de la loi française. En effet, lorsqu'on demanda quel était le genre d'instruction auquel se référait l'article 203, M. Réal répondit que la section de législation avait placé le mot *élever* après celui *entretenir* dans l'intention de restreindre au premier âge l'obligation de procurer l'instruction, et pour faire

[1] *Loc. cit.*, p. 9 et 10.

sentir qu'elle cesse lorsque l'enfant est *élevé;* il s'agit donc de l'instruction limitée au premier âge, c'est-à-dire de l'instruction primaire. Le Code italien est donc suffisamment explicite quant à la déclaration du principe [1].

En ce qui concerne la disposition portant que les enfants n'ont pas d'action contre leurs père et mère pour leur établissement par mariage ou autrement, il semble difficile de ne pas l'approuver. Seulement, les motifs allégués ne sont pas les meilleurs. On s'est borné à dire en effet qu'obliger les parents à établir leurs enfants, ce serait déposer un germe de discorde dans la famille, et de plus rendre nécessaires des recherches indiscrètes dans les affaires domestiques afin d'établir la consistance du patrimoine des parents. Mais le véritable motif, c'est que les paren tsne peuvent à aucun point de vue être considérés comme tenus de doter leurs enfants. Le fait de *doter* ou *établir* un enfant est toujours une libéralité pure, sujette à rapport et réductible. — Or, le propre d'une libéralité est d'être volontaire. On peut dire, si

[1] Il est vraiment singulier que dans les discussions qui se sont élevées à ce sujet dans ces derniers temps, les partisans de l'instruction obligatoire n'aient pas énergiquement invoqué les principes de notre Code civil. — La principale des objections faites par les adversaires de l'instruction obligatoire, est aussi la plus ridicule; c'est au nom de la *liberté* que protestent ces singuliers libéraux... Comme si le propre de toute obligation n'est pas de restreindre la liberté, comme, par exemple, l'obligation de nourrir ses enfants, d'être fidèle à son conjoint, de payer ses créanciers, etc... — Mais si nous pensons que l'instruction doit être *obligatoire*, nous n'entendons pas qu'elle soit *gratuite* : d'abord parce qu'il n'y a pas de principe qui l'exige et que la société n'est pas plus tenue d'*élever* les enfants des particuliers que de les nourrir; en second lieu parce que les pères de famille, dans les campagnes, feront moins souvent *manquer l'école* à leurs enfants s'ils sont obligés de la payer.

l'on veut, que c'est un *devoir moral* ou de *convenance* de doter un enfant, mais l'accomplissement d'un devoir ne peut être assuré par une action.

Enfin, la différence de situation entre les enfants légitimes et les enfants naturels, ou adoptifs, paraît plus apparente que réelle, et existe seulement dans les mots. En effet, lorsque l'article 186 déclare que les père et mère sont tenus d'entretenir leurs enfants naturels, de les élever, de les instruire et de les mettre sur la voie (*avviare*) d'une profession ou d'un art, cela ne veut pas dire que les enfants naturels auront contre leurs auteurs une action qui serait refusée aux enfants légitimes. C'est plutôt un conseil que donne la loi touchant la *direction* qu'il serait le plus convenable de donner à l'éducation d'un enfant naturel. — Nous convenons cependant que la loi, qui n'a pas de conseils à donner, aurait pu être rédigée avec plus de précision. Nous en dirons autant de l'article 211 qui donne aux enfants adoptifs le droit d'obtenir des aliments et des *subsides*, nous voyons là un pléonasme et rien de plus. Du reste, il ne faut pas s'étonner que la loi soit plus minutieuse lorsqu'il s'agit de régler la condition des enfants qui ne sont pas le fruit du mariage ; il faut les prémunir contre l'indifférence, l'oubli ou le mauvais vouloir de leurs parents. — Ces dangers ne sont pas autant à redouter pour les enfants légitimes.

VI. Dans le même titre, le Code italien organise, avec un soin extrême, l'administration légale appartenant au père quant aux biens personnels de ses enfants. On sait que sur ce point notre Code Napoléon présente une lacune regrettable que la jurisprudence et la doctrine ont eu à combler.

La loi italienne prévoit toutes les difficultés qui peuvent se produire à l'occasion de cette administration, et les tranche avec un grand sens pratique; mais si elle entre à ce sujet dans de si nombreux détails, c'est que l'*administration légale* présente en Italie une importance toute particulière.

Chez nous, c'est seulement pendant la durée du mariage que le père est déclaré administrateur légal des biens personnels de ses enfants mineurs (art. 389 C. N.). La mort de l'un des deux époux met tout de suite fin à cette administration et donne immédiatement ouverture à la tutelle légale au profit du survivant. En Italie, il n'en est pas ainsi : le décès de l'un des conjoints a pour unique résultat de faire passer ou de laisser au survivant la puissance paternelle et en même temps l'administration légale; mais la tutelle ne s'ouvre pas. La tutelle légale des père et mère est inconnue en Italie, excepté à l'égard des enfants naturels (art. 184); en dehors de cette hypothèse, le père ou la mère, toujours investis de la puissance paternelle, demeurent administrateurs de la personne et des biens de leurs enfants mineurs, et, par conséquent, il n'est pas question, à leur égard, de subrogé tuteur ni d'hypothèque légale. En cas d'opposition d'intérêts entre le père et le fils mineur, un curateur est donné par la justice à ce dernier (art. 324, §§ 3 et 4). De plus, le père ne peut recevoir un capital ni vendre des effets mobiliers sujets à dépérissement qu'en vertu de l'autorisation du préteur (le juge de paix), et à la charge d'en faire un emploi dont la bonté doit être vérifiée par ce magistrat lui-même (art. 225).

Telles sont les seules garanties accordées aux mineurs

vis-à-vis de leurs père et mère administrateurs de leur fortune ; sont-elles suffisantes, ne le sont-elles pas ? Il serait difficile de trancher la question d'une manière absolue.... En France, on serait sans doute porté par l'effet de l'habitude, mais surtout à cause de la conduite d'un trop grand nombre de pères de famille, à considérer ces garanties comme bien faibles. Il paraît qu'en Italie les faits n'ont pas encore démontré la nécessité d'une hypothèque légale sur les biens des père et mère dans l'intérêt de leurs enfants mineurs. Quoi qu'il en soit, le système italien présente, au point de vue économique, ce grand avantage de rendre moins fréquents les cas d'hypothèque légale, et, de plus, il honore bien mieux le caractère du père de famille que le système plus méfiant de notre Code.

C'est, en effet, dans le but unique de rehausser l'autorité paternelle que le système des *pères tuteurs* a été repoussé. Ce système était consacré par le projet du Code, mais il fut violemment attaqué. Il n'est pas possible, disait M. Buniva [1], de faire dépendre l'autorité paternelle du maintien du mariage, d'admettre que, par la mort de la femme, le père soit déchu du rôle de chef de la famille, réduit à la condition d'un tuteur ordinaire, soumis comme tel à fournir des garanties qu'on ne devrait pas exiger de lui. Une pareille situation ne peut que nuire aux intérêts moraux de la famille... » Ces considérations ont fini par l'emporter ; l'institution des pères tuteurs, considérée comme une importation française et reproduite par les projets Cassinis et Miglietti, a été repoussée, et les père et mère ont été maintenus pure-

[1] P. 141, 143.

ment et simplement dans l'exercice de la puissance paternelle inhérente à leur caractère.

M. de Stefani-Nicolosi aurait voulu qu'on allât plus loin encore. Il trouve outrageant pour l'autorité paternelle qu'un enfant puisse poursuivre contre ses père et mère une voie quelconque d'exécution, ou même intenter une action. En conséquence, il demandait l'insertion dans le Code d'un article ainsi conçu :

« Le fils ne peut aucunement suivre une voie d'exécution, quelle qu'elle soit, contre son père ou sa mère, sans avoir, au préalable, essayé avec eux une conciliation devant le président du tribunal dans la forme prescrite pour les demandes en séparation de corps. En cas de non-conciliation, le président aura la faculté d'accorder ou de refuser l'action, selon les cas [1]. »

Ainsi donc, pendant que d'un côté les uns proposent de rétablir le droit d'exhérédation sous le nom menteur de *liberté de tester*, les autres trouvent odieuses les garanties qui empêchent le père de famille de spolier ou de ruiner ses enfants, et vont même jusqu'à demander que toute action soit refusée à ces derniers contre les auteurs de leurs jours !.....

Ne dirait-on pas vraiment que nous vivons dans un siècle où les pères de famille donnent l'exemple de toutes les vertus, et où les enfants sont des monstres qu'il faut mettre hors la loi civile !.....

Personne, sans doute, ne songera à contester l'excellence du point de vue auquel se sont placés MM. Buniva, de Stefani

[1] P. 155.

et tant d'autres; mais, sous prétexte que ce point de vue est légitime, il ne faudrait pas rétrograder jusqu'à l'enfance du droit de Rome... Sans doute, il est fâcheux de voir grever d'une hypothèque légale les biens du père de famille, mais il est bien plus fâcheux de voir tous les jours, malgré les précautions de la loi, des familles entières ruinées et déshonorées par leur chef. Si les pères de famille étaient toujours ce qu'ils doivent être, on n'aurait pas besoin de prendre des garanties contre eux, et, ce qui est bien plus important, leur autorité serait toujours aimée et respectéepar des enfants formés à leur exemple. Mais c'est précisément le contraire que nous voyons. Les atteintes les plus graves contre la sainteté de la famille et la dignité paternelle viennent le plus souvent de la conduite scandaleuse de pères de famille indignes de ce nom. Aussi, sur ce point comme sur bien d'autres, nous rattachons-nous avec énergie à la doctrine adoptée par le Code Napoléon.

VII. Des explications que nous venons de donner, il suit que la tutelle ne s'ouvre en Italie que lorsque les père et mère sont l'un et l'autre décédés, ou tous deux déclarés absents, ou déchus tous deux de la puissance paternelle par l'effet d'une condamnation pénale (art. 241). La première question à résoudre était celle de savoir s'il fallait exclure les femmes de la tutelle. L'affirmative fut admise, attendu que le principe de l'égalité civile entre les deux sexes ne devait pas aller jusqu'à faire reconnaître à la femme le droit d'exercer un office public (*l'esercizio di un publico uffizio*). C'est on le voit cette vieille formule que la tutelle est une espèce de *fonction publique*, *munus publicum*, qui a déter-

miné en partie la solution donnée par le Code Italien à la question posée. Cependant rien de plus inexact que cette manière d'envisager la tutelle. Dans le premier état du droit romain, la tutelle était considérée purement et simplement comme un droit de famille, exercé dans l'intérêt du tuteur lui-même plutôt que dans l'intérêt du pupille, et ayant pour but principal la conservation des biens dans la famille agnatique. Ce point de vue, qui attribuait la tutelle à celui qui avait le plus grand intérêt à la mort de l'impubère, présentait cependant peu de dangers pour la sûreté de ce dernier, puisque la garde de sa personne n'appartenait pas au tuteur. Peu à peu, cependant, la doctrine s'épure sur ce point; on comprend que la tutelle, quoique pouvant à certains égards être considérée comme un droit de famille, devait cependant être exclusivement administrée dans l'intérêt du pupille, et que cette administration était un devoir à l'accomplissement duquel un citoyen ne pouvait pas en principe se soustraire. En conséquence, la tutelle apparut comme une *charge publique*, *munus publicum*. Mais cette expression ne doit pas être entendue comme signifiant une espèce de *fonction* ou d'*office* public. Le mot *charge* doit au contraire être pris à la lettre ; la tutelle est comme un impôt de travail et de soins qui pèse sur tous les citoyens. C'est aussi le sens du mot *munus* [1]. Seulement, d'après les idées romaines, cette charge pèse seulement sur les hommes : *Tutelam administrare, virile munus est* [2] ; de nos jours, le service dans la garde nationale, celui du jury, l'obligation de

[1] L. 214, D. 50, 17, *de Verb. signif.*
[2] L. 1, C. 5, 35, *Quando mulier tutelæ officio fungi potest.*

satisfaire à la loi du recrutement, constituent de la même manière des *charges publiques* essentiellement *viriles*. Il faut donc écarter toute idée d'un *office public* à remplir pour expliquer l'exclusion des femmes de la tutelle en droit romain. Les femmes ne doivent pas être tutrices, parce qu'en général leur aptitude à gérer les affaires d'autrui est moins développée que celle des hommes, et qu'ensuite la réserve naturelle de leur sexe ne permettait pas au législateur de leur imposer l'obligation d'administrer le patrimoine d'un mineur quelconque. Il y avait seulement à faire une exception toute naturelle pour la mère et les ascendantes. C'est ce qu'avait admis le Code Napoléon (art. 442, § 3). Le Code Italien est allé plus loin, et il a déclaré également aptes à gérer la tutelle, les *sœurs germaines non mariées* (art. 268, § 1). Cette innovation est des plus louables. On voit toujours en effet les sœurs aînées non mariées, et pour lesquelles s'éloigne toujours davantage l'occasion d'un mariage convenable, concentrer toute leur affection dans la famille qui devient l'unique objet de leurs soins et de leur sollicitude. Elles géreront la tutelle comme le feraient de véritables mères.

Les causes d'exclusion ou d'incapacité de la tutelle présentent encore quelques autres différences peu importantes avec les dispositions correspondantes de notre Code. Mais la tutelle est d'ailleurs organisée comme en France, si ce n'est que le conseil de famille est composé de quatre parents au lieu de six (art. 250) et que le mineur, quand il a seize ans accomplis, a le droit d'assister aux délibérations du conseil avec voix consultative (art. 251); disposition heureuse qui a pour effet d'initier le mineur à ses propres affaires, aussi-

tôt qu'il est en état de les comprendre, de l'habituer peu à peu à discuter ses intérêts, et de le préparer ainsi, comme par une espèce de stage, à l'exercice prochain de sa pleine capacité.

Nous avons remarqué, au sujet des causes de dispense, que l'article 273, § 4, reproduit textuellement l'article 436 du Code Napoléon. Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants. *Les enfants morts en activité de service dans les armées de la nation seront toujours comptés pour opérer cette dispense...* Immédiatement revient à l'esprit la phrase célèbre des *Institutes, qui pro patria ceciderunt...* toujours citée dans les classes de rhétorique. Cette prédominance accordée sans cesse aux services militaires sur les services *civils* est injustifiable et impolitique. Il est impossible de voir dans la situation envisagée par le législateur une cause sérieuse d'être dispensé de la tutelle [1] ; aussi ne faut-il voir là qu'un *privilége* accordé à la classe des *soldats*. Ce n'est pas ce privilége considéré en lui-même qui est odieux; il est de trop mince importance pour jamais présenter un tel caractère; mais c'est la pensée dont ce privilége est une manifestation qui est antipathique à l'esprit moderne, essentiellement *civil* et *laïque*.

L'interdiction a aussi pour effet de donner ouverture à la tutelle. Nous n'avons à signaler sur ce point que les dispositions suivantes qui ont pour but de terminer plusieurs controverses.

Non-seulement le majeur, mais encore le mineur émancipé peuvent être interdits (art. 324). Le mineur non éman-

[1] Voy. Curcio, *loc. cit.*, p. 38.

cipé peut aussi être interdit, mais seulement pendant la dernière année de sa minorité (art. 325). Le conjoint de la personne interdite, majeur et non légalement séparé d'avec elle, devient son tuteur légal ; à défaut de conjoint, la tutelle légale passe au père ; à défaut du père, à la mère ; et enfin, en dernier lieu, il faut recourir à la tutelle dative (art. 330).

VIII. Voilà pour ce qui regarde ceux qui sont complétement privés de leur raison ; quant aux faibles d'esprit, dont l'état n'est pas assez grave pour motiver l'interdiction proprement dite, ils sont, de même que les prodigues, frappés d'une incapacité limitée aux actes les plus importants (*inabilitazione*), auxquels ils ne peuvent procéder qu'avec l'assistance d'un curateur qui n'est autre que le conseil judiciaire du droit français. Une disposition spéciale déclare que le sourd-muet et l'aveugle de naissance sont de plein droit, à leur majorité, atteints par cette incapacité (*inabilitati*) qui persiste tant qu'une décision judiciaire ne les a pas déclarés tout à fait capables (*abili*) (art. 340).

Ce n'est pas sans difficulté que le système du Code Napoléon, en ce qui touche la situation à faire au prodigue, a été admis en Italie. On connaît les opinions diverses qui ont été produites à cet égard. Les uns voudraient que le prodigue fût tout à fait interdit et soumis au régime de la tutelle; les autres pensent, au contraire, qu'agir ainsi, ce serait porter atteinte au droit de propriété, qu'on peut définir : le droit d'user et d'abuser de sa chose. Les rédacteurs du Code civil adoptèrent un terme moyen, la nomination d'un conseil judiciaire, et le Code Italien a suivi la même voie. Mais plusieurs jurisconsultes, et notamment M. Buniva, ont énergi-

quement insisté pour que les prodigues fussent purement et simplement interdits.

« Il n'est pas vrai, disait M. Buniva [1], qu'en interdisant au prodigue les actes qui dépassent les bornes de la simple administration, on sauvegarde suffisamment les intérêts de la famille, car tout le monde sait dans quelle position embarrassée peut se trouver plongé un prodigue uniquement par l'effet d'actes de simple administration. Le prodigue ayant l'administration de ses biens et la jouissance de ses revenus, vendra son mobilier, laissera dépérir ses immeubles faute d'entretien ou de culture, et aggravera les charges de son administration de mille manières. La raison exige donc que même la simple administration soit enlevée au prodigue. »

Toutes ces divergences d'opinion nous paraissent provenir de ce que la question n'a pas été nettement posée, et il nous sera permis d'indiquer à cet égard nos vues personnelles.

D'abord, dans l'intérêt de qui veut-on restreindre la capacité du prodigue? Est-ce uniquement dans son intérêt personnel, comme lorsqu'il s'agit de l'insensé? Évidemment non : tous les auteurs mettent de plus en avant l'intérêt de la famille. A Rome, où le prodigue était interdit, la formule de l'interdiction était remarquable : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis*, LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, *ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* [2]. C'est donc la considération de la famille du prodigue qui était surtout déterminante ; aussi n'hésitons-nous pas à émettre l'opinion qu'on ne devait prendre des mesures qu'à

[1] *Loc. cit.*, p. 165, 166.
[2] PAULUS, *Recept. Sent.*, lib. III, tit. IV, § 7.

l'égard du prodigue ayant des héritiers réservataires ou son conjoint vivant.

Quant au prodigue qui serait veuf ou non marié et qui n'aurait pas d'héritiers réservataires, je ne vois pas de raison suffisante pour l'empêcher de se ruiner, si cela lui convient. L'intérêt des collatéraux ne saurait être ici invoqué. Car la prodigalité de leur parent ne saurait en aucune façon leur porter préjudice. Tout au plus pourrait-on faire une exception au profit des frères et sœurs. Dira-t-on qu'alors il faudra agir dans l'intérêt du prodigue et le protéger contre lui-même? Nous répondrons que ce serait obéir à une tendance dangereuse, et que peu à peu, sous prétexte de protection, et en alléguant l'intérêt public, on verrait l'État, tuteur ou curateur des citoyens, se substituer aux droits individuels tantôt sous un prétexte et tantôt sous un autre. Il est bon d'ailleurs que chacun s'habitue à porter la responsabilité de ses actes et à en subir toutes les conséquences.

Nous n'admettrions donc une restriction de la capacité civile qu'à l'égard des prodigues ayant des héritiers réservataires ou un conjoint actuellement vivant, ou enfin des frères ou sœurs, et dans ce cas il ne nous paraîtrait pas nécessaire de prononcer leur interdiction absolue, mais seulement de leur nommer un conseil judiciaire pour les actes les plus importants. C'est en vain qu'on alléguerait les inconvénients d'une mauvaise administration, car on ne sait vraiment où l'on s'arrêterait, si l'on voulait prendre des mesures contre tous ceux qui administrent mal leur patrimoine; autant vaudrait appliquer tout de suite la théorie de l'Etat propriétaire et administrateur unique de toutes les fortunes [1].

[1] M. Batbie (*Correspondant, loc. cit.*, p. 96) est encore plus radical;

M. Boissonade a fait à notre proposition une objection qui paraît grave : « La distinction entre le prodigue ayant des héritiers à réserve ou son conjoint actuellement vivant, et celui qui n'a que des collatéraux éloignés, n'est-elle pas d'une application difficile, sinon impossible ? L'homme, pendant sa vie, est appelé à voir des changements fréquents au sujet de ses héritiers à réserve : les ascendants disparaissent successivement, les descendants surviennent, soit avant, soit après; quelquefois ils sont enlevés à leur tour, de sorte qu'avec le système proposé un prodigue pourrait se voir alternativement : incapable parce que, sans être déjà époux ni père, il a encore des ascendants; puis capable parce qu'il viendrait à perdre ses ascendants; puis de nouveau incapable parce qu'il deviendrait père d'enfants qu'il aurait eu la possibilité de ruiner d'abord; enfin il pourrait redevenir capable et pourtant sans résipiscence, mais uniquement parce qu'il aurait perdu ses enfants ! On n'a pas songé à cette bizarre succession de changements d'état. Quand la loi modifie la capacité de donner, ou plutôt la disponibilité des biens, à raison de l'existence d'héritiers à réserve, elle a soin de se placer au décès du disposant, c'est-à-dire à un moment où aucun changement de famille ne peut plus l'atteindre. — Sans nous rapprocher de ceux qui veulent « faire « de l'Etat le tuteur ou curateur universel des citoyens, l'ad- « ministrateur unique de toutes les fortunes, » nous persis-

et prenant surtout en considération l'intérêt des tiers *qui sont exposés à l'erreur sur la capacité du prodigue*, il propose la suppression pure et simple du conseil judiciaire pour cause de prodigalité ; — nous ne serions pas éloignés d'adopter aussi ce sentiment, mais l'intérêt de la vraie famille nous retient.

tons à croire que le législateur peut et doit empêcher les prodigues de se ruiner eux-mêmes ne fût-ce (si l'on veut une raison utilitaire), que pour que ces citoyens ne soient pas, quand viendra l'âge des infirmités, une nouvelle charge pour l'Etat [1].» — Il semble que la portée de notre proposition n'ait pas été parfaitement comprise. Elle tend uniquement à modifier l'article 514 du Code Napoléon, et l'article 339 du Code Italien qui accorde à *tous ceux qui ont le droit de provoquer l'interdiction*, la faculté de provoquer également la nomination d'un conseil judiciaire. Dans notre système, cette faculté n'appartiendrait qu'aux héritiers réservataires et au conjoint du prodigue. Tout au plus, avons-nous dit, pourrait-on l'étendre aux frères et sœurs. Les effets de la nomination du conseil judiciaire dureraient d'ailleurs tant que le prodigue n'en ferait pas prononcer la mainlevée, qui devrait être accordée quand il n'y aurait plus personne ayant qualité pour en exiger le maintien. Les successions de capacité et d'incapacité n'auraient pas alors plus d'inconvénients que sous le régime actuel, où cela se voit assez souvent, et dans des circonstances qui sont une critique de l'institution. — Presque toujours les demandes en mainlevée sont motivées par un futur mariage que le prodigue se propose de contracter dans le but principal d'être débarrassé de son conseil judiciaire. On voit alors s'élever de scandaleux débats entre un citoyen qui réclame sa liberté civile, et des parents qui résistent avec l'arrière-pensée d'attaquer un jour le testament du prodigue, en invoquant comme un puissant préjugé la mesure arbitraire dont il a été l'objet de son vivant.

[1] *Revue critique, loc. cit.*

IX. Mentionnons, en terminant ce qui concerne les tutelles, une importante innovation inaugurée par le Code Italien. Il s'agit d'un système de publicité organisé au moyen de registres tenus dans chaque préture ou justice de paix.

« Dans chaque préture, dit l'article 343, il sera tenu un registre des tutelles des mineurs ou interdits, et un autre registre des curatelles. Ces registres devront contenir tous les renseignements relatifs à la personne du pupille, aux causes d'ouverture de la tutelle, à la personne du tuteur, du subrogé tuteur et des membres du conseil de famille, à toutes les délibérations prises à ce conseil, aux états de situation présentés annuellement par ce conseil, etc. » Nous n'avons pas besoin de faire ressortir l'importance pratique d'une telle innovation, qui permettra aux tiers intéressés et à l'ex-pupille lui-même de suivre en quelque sorte pas à pas l'administration entière du tuteur.

X. Enfin, le premier livre du Code Italien est terminé par le titre consacré aux actes de l'état civil. Cette matière présentait en Italie une importance toute particulière, car dans les trois quarts de la Péninsule, l'Etat, représentant la société civile, n'avait aucun droit sur les registres tenus dans les paroisses pour constater les actes les plus importants de la vie civile. Une commission, dont la vice-présidence était dévolue à M. le professeur Buniva, fut spécialement chargée d'adapter aux nouveaux besoins de l'Italie le système consacré par le Code français, *ce grand type des Codes modernes*, comme le rappelait à ce propos devant le Sénat M. le sénateur Vigliani.

Tel est, examiné dans ses parties les plus importantes,

le premier livre du Code civil italien. On pourra trouver peut-être que les rédacteurs de cette œuvre remarquable n'ont pas assez souvent profité de l'occasion qui s'offrait d'elle-même pour trancher législativement un grand nombre de questions controversées. Mais, bien loin de leur reprocher leur réserve, nous les louerons volontiers d'avoir su résister à un entraînement de cette nature. Vouloir trancher toutes les questions controversées, c'est s'exposer à noyer dans les détails les principes mêmes qu'il s'agit de formuler, c'est vouloir empiéter sur le domaine de la doctrine et de la jurisprudence. Il est bon d'ailleurs de laisser une certaine latitude aux tribunaux chargés d'appliquer la loi. Le développement scientifique et pratique du droit ne peut qu'y gagner, et la magistrature se trouve ainsi plus directement associée aux bienfaits qu'une législation uniforme est destinée à répandre sur les peuples qui ont su la conquérir.

DEUXIÈME PARTIE

SECOND LIVRE DU CODE ITALIEN

§ 1.

I. Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent; — Des biens vacants et sans maître ; — De la propriété littéraire, etc.
II. Du droit d'accession ; — Des alluvions et atterrissements ; — De la propriété du lit des cours d'eau.
III. De l'usufruit.
IV. De la vente d'un usufruit.
V. Des baux faits par l'usufruitier.
VI. Des améliorations faites par l'usufruitier.
VII. Des réparations faites à la chose grevée d'usufruit.

I. Le second livre du Code italien a pour rubrique : *Des biens, de la propriété et de ses modifications.* Le Code italien n'a pas voulu reproduire les distinctions encore admises dans plusieurs provinces entre les biens corporels et incorporels, et a préféré s'en tenir aux règles tracées par le Code Napoléon qui distribue toutes les choses dans la classe des meubles et des immeubles.

Comme dans notre Code, un chapitre spécial est consacré aux biens, *dans leur rapport avec ceux qui les possèdent.* Mais il nous semble que ce chapitre aurait pu être supprimé en grande partie sans aucun inconvénient, car la plupart de ses dispositions paraissent rédigées dans des

vues didactiques plutôt que dans des vues vraiment législatives.

Ainsi, l'article 425 déclare que tous les biens appartiennent à l'Etat, aux provinces, aux communes, aux établissements publics et autres personnes morales, et enfin aux particuliers... Est-il vraiment nécessaire de rédiger pour cela une disposition spéciale? L'article suivant nous apprend que les biens de l'Etat se divisent en domaine public et domaine patrimonial. Nous lisons plus bas que les provinces et les communes ont pareillement un domaine public et un domaine privé... Il est certain que toutes ces déclarations, qui auraient pu être omises sans que la nature des choses fût changée, sont parfaitement inutiles. Enfin, nous rencontrons l'article 435, dont la disposition inattendue nous a quelques instants tenu perplexe. Cet article est ainsi conçu : *Les autres biens dont il n'a pas été parlé dans les articles précédents*, c'est-à-dire les biens qui n'appartiennent ni à l'Etat, ni aux communes, ni aux établissements publics, *appartiennent aux particuliers*... Au premier abord, cette observation, formulée en texte de loi, nous parut une naïveté inadmissible, et nous voulûmes lui trouver un sens utile. Nous remarquâmes alors que le Code italien n'avait pas reproduit les dispositions de nos articles 539 et 713, portant que tous les biens vacants et sans maître appartiennent à l'Etat, et que c'était précisément après avoir énuméré les biens appartenant à l'Etat et aux autres personnes morales, que l'article 435 déclarait que les *autres biens non mentionnés dans les articles précédents appartenaient aux particuliers*... Evidemment, cela ne voulait rien dire, ou devait signifier que les biens vacants et sans maître,

quand même il s'agirait d'immeubles, appartenaient aux particuliers, c'est-à-dire que le droit d'occupation individuelle en matière d'immeubles était rétabli purement et simplement. La gravité d'une telle solution est manifeste, surtout pour un pays comme l'Italie qui présente une si grande quantité de terrains vagues. De quels désordres le droit d'occupation n'aurait-il pas été la source ! Aussi n'avons-nous jamais douté un seul instant du sens pratique de juristes italiens, et nous n'avons jamais pensé que l'intention des rédacteurs du Code eût été de reconnaître le droit d'occupation en fait d'immeubles. Mais nous n'en avons eu la preuve officielle que lorsque nous avons rencontré beaucoup plus loin l'article 711 ainsi formulé : Les choses qui n'appartiennent à personne, mais qui sont susceptibles de propriété privée, s'acquièrent par occupation ; tels sont les animaux capturés à la chasse ou à la pêche, le trésor *et les choses mobilières abandonnées*... Il est donc bien certain que ce n'est que pour les meubles que l'occupation est admise dans le Code italien ; mais alors l'article 435 n'a plus de signification, car il est par trop clair que si tous les biens sont distribués entre quatre classes de propriétaires, ceux qui n'appartiennent pas aux trois premières classes doivent forcément appartenir à la quatrième.

La constitution de la propriété des personnes morales doit nous arrêter un instant à raison de l'importance du sujet. Le Code italien contient à cet égard des déclarations de principe qui ont été omises dans le nôtre. Ainsi l'article 2 porte que les communes, les provinces, les établissements publics, civils ou ecclésiastiques, et en général tous les *corps moraux* (*corpi morali*) légalement reconnus sont considérés

comme des personnes et jouissent des droits civils conformément aux lois et aux usages qui constituent le droit public. La loi déclare ensuite que les biens des établissements publics, civils et ecclésiastiques, et des autres personnes morales leur appartiennent, en tant que les lois du royaume leur ont reconnu la capacité d'acquérir et de posséder (art. 433); que les biens des établissements ecclésiastiques sont d'ailleurs soumis aux lois civiles, et ne peuvent être aliénés sans une autorisation du gouvernement [1]. Ces diverses dispositions constituent ce qu'on pourrait appeler le régime légal des personnes morales, et il ne faudrait pas les considérer comme des restrictions fâcheuses apportées à la liberté par une loi soupçonneuse ou hostile. Cependant des protestations incessantes se produisent au nom de la *liberté de réunion et d'association*, contre les dispositions de la loi civile subordonnant l'existence des personnes morales à une autorisation du gouvernement et limitant la capacité de ces mêmes personnes.

La vérité est qu'il n'y a aucun rapport, même indirect et

[1] Si l'on prenait à la lettre les dispositions des articles 433 et 434 combinés, il semblerait en résulter que les établissements ecclésiastiques seuls sont soumis à la nécessité d'une autorisation gouvernementale pour pouvoir aliéner leurs biens, alors que les établissements civils seraient affranchis d'une telle obligation. — M. Curcio a pensé qu'il en était ainsi, et critique avec raison une telle anomalie (*loc. cit.*, p. 39). — Mais il résulte de la discussion au sein de la Commission législative, que ce ne serait pas ici le cas d'appliquer la maxime : *inclusio unius est exclusio alterius*; — et que l'article 434 a été rédigé non pas tant pour déclarer que les biens des établissements ecclésiastiques ne pourraient être aliénés sans autorisation, que pour faire savoir que cette autorisation doit émaner du gouvernement, et non d'une autre autorité. Des raisons politiques rendaient nécessaire cette déclaration. Voy. *Foschini*, art. 434.

éloigné, entre la liberté d'association et la question de l'existence juridique des établissements religieux ou laïques, peu importe. La liberté et la justice veulent que des citoyens puissent se réunir comme ils l'entendent, pourvu que l'objet de leur association soit licite; ils doivent pouvoir se soumettre, s'ils le veulent, à tel genre de vie qu'il leur plaît d'adopter, revêtir le costume qui leur convient. — Mais une fois réunis, ont-ils la puissance de créer un *être de raison* distinct d'eux-mêmes, qui aura une individualité juridique propre, qui sera seul sujet actif et passif de tous les droits intéressant l'association, qui de plus devra durer autant que l'État lui-même, dont il sera toujours indépendant, et dont il pourra devenir le rival? Il est certain qu'on ne pourrait sérieusement soutenir de pareilles énormités. Au point de vue qui nous occupe, il n'y a de place dans l'État que pour l'État lui-même; toutes les autres personnes morales ne sont que des *émanations* de l'État, ne peuvent exister que par lui [1]. Quoi de plus simple? L'État, c'est *tout le monde;* — or *quelqu'un* fait nécessairement partie de tout le monde [2]. Il suit de là que les biens possédés par les personnes

[1] Ces principes ont été admis de tous temps, voy. L. 1, D. 3,4.

[2] C'est en vain qu'on objecterait contre cette doctrine que les particuliers peuvent former des êtres de raison en constituant des sociétés *commerciales*. — Les sociétés commerciales ne ressemblent pas en effet aux autres *entités juridiques* : — chaque associé reçoit en échange de son apport une *action* ou *intérêt* qui fait partie de son patrimoine, qui est aliénable, transmissible, etc.; — Or, il n'en est pas ainsi des *corporations* dont les membres ne peuvent être assimilés à des actionnaires ayant une fraction du capital social; — de plus les sociétés civiles ont une durée nécessairement *limitée* quoique pouvant être *indéfinie;* les autres personnes morales doivent au contraire durer toujours. — Enfin dans les sociétés commerciales,

morales, appartiennent à l'*être de raison*, à l'*abstraction juridique* qui les possède, et non pas aux *individus* qui font partie de l'*association*. Or, si pour une cause quelconque l'*association* vient à disparaître, l'*être de raison* n'a plus d'autre support juridique que l'État, et par conséquent les biens de l'*être de raison* doivent faire retour à l'État. Ou plutôt ces biens n'ont jamais cessé d'appartenir à l'État, représenté par une fraction abstraite de lui-même, par l'*être de raison* dont nous avons parlé ; ils étaient seulement administrés par une *association* qui a cessé d'exister.

Rien de plus naturel que l'application de ces principes élémentaires de droit public. Voilà dix individus qui veulent se réunir pour vivre sous l'empire de la même règle, et se consacrer à une œuvre humanitaire. Ce sont par exemple des *capucins*. Rien ne doit les gêner dans leur détermination, mais ils forment une association, et rien de plus. Chacun d'eux est personnellement copropriétaire des choses qui sont en commun; si la volonté du gouvernement a fait de leur association un établissement public ayant une individualité juridique, tous les biens acquis par cette personnalité morale lui appartiendront; mais les individus composant la corporation n'auront aucun droit particulier sur ces biens, car autrement ils pourraient, lorsque leur ordre serait suffisamment riche, partager entre eux le patrimoine de l'*être de raison*, ce qui serait monstrueux. — Mais la question de savoir si une association doit être considérée comme un *être de raison*, est évidemment de la compétence exclusive

l'*être de raison* n'est que la collection des droits individuels, tandis que dans les corporations il n'y a pas de droits individuels.

de l'État. Donc, lorsque l'État ne croit pas pouvoir accorder à une *association* une telle faveur, et que cependant il ne gêne pas les individus qui veulent vivre dans cette même association, il ne viole la liberté de personne ; d'où la conséquence que les individus composant l'association ne peuvent acquérir que pour leur compte individuel et non pour le compte d'un être de raison qui n'existe pas. Dès lors toutes les acquisitions qui en réalité ne seraient pas faites pour le compte des individus, mais pour la *personnalité abstraite* que l'État n'a pas voulu créer, sont radicalement nulles. De tout cela il suit que lorsque, pour des motifs dont le gouvernement est le seul juge, les associations élevées à la dignité des *personnes morales* sont dissoutes, comme les membres de l'association ne sont pas des *actionnaires*, ni des *copropriétaires*, qu'ils n'ont aucun droit individuel sur les biens de l'*être de raison*, ces biens doivent forcément revenir à l'État qui doit seulement respecter la destination en vue de laquelle ils ont été donnés par les particuliers.

Dans les *dispositions générales* sur la propriété, nous rencontrons encore des déclarations qui étaient véritablement inutiles; celles par exemple de l'article 439 portant qu'en principe le propriétaire a le droit de revendiquer sa chose entre les mains de tout tiers détenteur, et que le tiers détenteur qui, par son fait, a, depuis la demande, perdu la possession de la chose, est tenu de la recouvrer à ses frais pour la restituer au demandeur ou d'indemniser ce dernier.

Dans le même chapitre, le Code italien proclame le fameux principe que: *les productions de l'intelligence appartiennent à leur auteur suivant les règles établies par les lois spéciales.* — On ne voulut pas employer l'expression *propriété*

pour éviter les controverses interminables portant sur la nature du droit des auteurs.

Certes, la question de savoir quelle est la nature de ce droit, et comment il conviendrait de le réglementer législativement rentre incontestablement dans le domaine du jurisconsulte. Il semble même que la profondeur d'analyse et le bon sens juridique d'un *Paul* ou d'un *Papinien* ne seraient pas de trop pour élucider un aussi grave sujet. Cependant comme dans les termes du problème on lisait le mot *littéraire*, les littérateurs se sont emparés de la question, et ont même affecté de la considérer comme étant de leur compétence à peu près exclusive. De là ces déclarations banales sur les *droits imprescriptibles de la pensée;* de là ces théories aussi étranges qu'impraticables aboutissant plus ou moins à ce rapprochement de syllabes qui a la prétention d'être une formule : *la propriété littéraire est une propriété...*

On peut réduire à trois les divers systèmes qui ont été produits touchant le droit des auteurs. Dans un premier système les droits de l'auteur sont limités à sa personne ; ils s'éteignent avec lui et ne sauraient être transmis à ses héritiers [1]. — Dans un système tout à fait contraire, les droits de l'auteur constituent une propriété de tout point identique à la propriété ordinaire. Le premier système, on le voit, méconnaît l'intérêt individuel au profit de l'intérêt général ; mais il est d'ailleurs logique et conforme aux principes purs et abstraits de la science du droit. Le second système sacrifie au contraire l'intérêt général à l'intérêt individuel. Entre

[1] Ce système a été développé en Italie avec beaucoup d'énergie et de science, dans un opuscule de M. Silvio Zeni, ayant pour titre : *Su i monopolii del pensiero considerazioni. Ferrare*, 1867.

ces deux doctrines opposées qui sont l'une et l'autre trop absolues, il y a place pour un troisième système fondé sur la juste considération des intérêts individuels et des droits de la société, et qui s'efforce de les concilier par une réglementation équitable et pratique. C'est en se plaçant à ce point de vue mixte que la loi française et la loi italienne ont cherché à déterminer le droit des auteurs. On sait comment a procédé la loi française qui a accordé aux héritiers des auteurs un droit exclusif pendant cinquante ans, combiné avec un usufruit constitué au profit de la veuve. La loi italienne, en date du 25 juin 1865, a accordé à l'auteur un droit exclusif purement viager. Seulement s'il décède avant que quarante ans se soient écoulés depuis la publication de l'œuvre, le droit exclusif dont il s'agit est transmis aux héritiers et dure jusqu'à l'expiration de cette période de quarante ans. Alors commence une autre période de quarante ans pendant laquelle tout le monde peut reproduire l'œuvre à la charge de payer aux héritiers une redevance de cinq pour cent sur les profits de la reproduction.

Ces deux réglementations, quoique différentes, procèdent d'un même point de vue, purement arbitraire et empirique, tout à fait étranger à la nature juridique du droit des auteurs. Or il est manifeste que l'auteur est investi d'un droit sur l'œuvre, produit de sa pensée, et qui est devenue par sa publication une source de revenus. — Ce droit ne peut être qu'un droit réel ou qu'un droit de créance. La doctrine qui le considère comme n'étant que la *rémunération d'un service rendu* lui attribue forcément les caractères d'un droit de créance. Or, le propre d'un droit de créance c'est d'être *relatif*, c'est-à-dire de n'exister qu'à l'égard d'une per-

sonne déterminée. Mais on est obligé cependant de reconnaître que l'auteur est *créancier* de cette *rémunération* à l'égard de *tous*. On le reconnaît donc investi d'un droit *réel*, puisque le propre d'un droit réel est d'être *absolu*, d'exister à l'égard de tout le monde.

Mais de ce que le droit de l'auteur est réel, il ne s'ensuit pas qu'il constitue un droit de *propriété*, puisqu'en dehors du droit de propriété il existe encore d'autres droits réels; donc encore il ne s'ensuit pas que ce droit réel soit essentiellement transmissible aux héritiers. — La vérité est qu'il n'est pas transmissible, attendu que le rapport primitif de l'auteur à son œuvre ne peut passer sur la tête de l'héritier. L'auteur seul peut modifier son œuvre comme il l'entend, l'abréger, l'étendre, etc.; à sa mort cette faculté s'éteint avec lui; elle ne saurait appartenir d'une manière exclusive à ses héritiers, elle tombe donc dans le domaine public [1]. Toute

[1] On pourrait même douter du droit des héritiers de publier un manuscrit gardé en portefeuille par l'auteur, qui n'a jamais manifesté la volonté de le rendre public. — Nous citerons à cet égard le passage suivant de de Maistre :

« Tous les ouvrages posthumes sont suspects, dit-il, et souvent il m'est arrivé de désirer qu'il fût défendu de les publier sans autorisation publique. Tous les jours nous écrivons des choses que nous condamnons ensuite. Mais on tient à ce qu'on a écrit, et l'on se détermine difficilement à le détruire, si l'ouvrage surtout est considérable, et s'il contient des pages utiles dont on se réserve de tirer parti. Cependant la mort arrive, et toujours inopinée; car nul homme ne croit qu'il mourra aujourd'hui. Le manuscrit tombe entre les mains d'un héritier, d'un acheteur, etc., qui l'impriment. C'est pour l'ordinaire un malheur et quelquefois un délit. Une autorité anglaise quelconque qui aurait défendu la publication du commentaire de Newton sur l'Apocalypse n'aurait-elle pas rendu service à la mémoire de ce grand homme ? » (*De l'Eglise gallicane*. Lyon, 1852, p. 247.)

personne doit donc pouvoir modifier à son gré une œuvre littéraire, appartenant à l'héritier de l'auteur. Dans ce cas le droit de l'héritier, s'il lui en a été reconnu un, se résoudra forcément en une redevance ou indemnité. Si l'on veut au contraire maintenir quand même les droits exclusifs de l'héritier au préjudice du public, on mentira à la réalité des choses en reconnaissant comme transmissible un rapport qui *manifestement* ne l'est pas. — D'ailleurs en *publiant* son œuvre, c'est-à-dire en la mettant *dans le public*, l'auteur n'a-t-il pas abdiqué tout droit personnel exclusif? On voit, d'après les traits principaux de la théorie que nous venons d'esquisser, que la loi italienne du 25 juin 1865 paraît s'être beaucoup plus rapprochée de la vérité que la loi française.

II. Les rédacteurs du Code italien ont tenu, paraît-il, à ne pas s'écarter de leur modèle en ce qui concerne la détermination du droit de propriété ; ils ont, en conséquence, reproduit les deux rubriques du Code Napoléon concernant le *droit d'accession sur ce qui est produit par la chose*, et le *droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.* Nous aurions préféré une conception plus scientifique. C'est avec raison que l'on peut critiquer la théorie du Code Napoléon sur l'accession, et nous aurions été heureux de voir les jurisconsultes italiens chercher à substituer une doctrine rationnelle aux dispositions quelquefois incohérentes du Code français.

Nous n'aurons à insister que sur la manière dont la théorie des alluvions et atterrissements a été envisagée.

On sait que, suivant la plupart des Codes modernes, les cours d'eau ainsi que leur lit appartiennent à l'Etat, et cela

sans difficulté, au moins pour les cours d'eau navigables et flottables. Cependant les alluvions profitent, dans tous les cas, aux riverains, sauf, quand il s'agit des cours d'eau navigables et flottables, à laisser le marchepied ou chemin de halage (art. 556 C. Nap.). Dans ce système, on décide que les atterrissements qui se forment dans les cours d'eau navigables et flottables appartiennent à l'Etat (art. 560 Code Nap.); et qu'enfin, si un fleuve ou une rivière, navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé (art. 564 C. Nap.).

Le Code civil italien a fini par adopter à peu près les mêmes principes, avec quelques importantes modifications dans leur application. Mais ce n'est pas sans difficulté que ces idées ont prévalu, et de graves discussions se sont produites à ce sujet.

En effet, d'après le projet de Code soumis à la commission sénatoriale, l'eau courante seule était attribuée au domaine public; quant au lit des cours d'eau en général, il était attribué aux propriétaires riverains, à partir du jour où le nouveau Code serait en vigueur. En conséquence, la ligne médiane, supposée tracée dans le sens de la longueur du fleuve, devenait en même temps la ligne divisoire entre les propriétés riveraines situées à droite et à gauche du fleuve. La portion attribuée à chaque propriétaire était déterminée par des perpendiculaires tirées de la ligne médiane aux points extrêmes du rivage. Si maintenant un cours d'eau venait à abandonner son lit actuel pour en occuper un nouveau, le lit

abandonné et mis à découvert devenait libre au profit des riverains auxquels il appartenait déjà; quant au terrain nouvellement occupé par les eaux, il se trouvait, par le fait, grevé d'une servitude d'utilité publique. Enfin, les îles et atterrissements quelconques qui se forment dans un cours d'eau, sans distinction entre les cours d'eau navigables et flottables et ceux qui ne le sont pas, étaient attribués aux riverains.

Tels étaient les principaux traits du nouveau système qui avait été adopté dans le projet. Ce système est évidemment plus logique que celui consacré par notre Code; il se présente surtout avec une véritable concordance scientifique dans toutes ses parties. Cependant il a, en définitive, été repoussé, et les anciennes idées ont prévalu. Le rapport du sénateur Deforesta nous fait connaître les justes motifs qui ont fait admettre cette conclusion.

Une première observation à faire, c'est qu'un pareil système ne pouvait évidemment être appliqué aux cours d'eau-frontières entre l'Italie et d'autres Etats qu'en vertu de conventions diplomatiques, toujours difficiles à conclure, surtout à l'époque actuelle.

En second lieu, le nouveau système ne vient-il pas se heurter contre des impossibilités matérielles d'application? Il faudrait, en effet, que les points de repère de la ligne médiane fussent déterminés pour tous les fleuves, le jour même où le nouveau Code deviendrait obligatoire, de manière que le tracé de cette ligne médiane fût conservé par des signes apparents et fixes, nonobstant les capricieuses variations du cours des eaux, capricieuses surtout quand il s'agit de petites rivières. Or, il est impossible qu'un pareil travail soit terminé pour tout le royaume, le jour où le

nouveau Code sera en vigueur. La ligne médiane devra donc être déterminée avant ou après ce jour. Or, on voit tout de suite quelles inextricables difficultés vont surgir, car il n'est pas indifférent que cette détermination soit faite tel jour ou tel autre, puisqu'à chaque instant le cours des petites rivières change d'une manière sensible. Comment concilier tous les intérêts, donner satisfaction à toutes les prétentions? Que répondre aux réclamations des riverains qui se plaindront des résultats de la délimitation, résultats qui auraient pu être tout autres si la délimitation avait été faite deux jours plus tôt ou deux jours plus tard? Enfin, à tous ces inconvénients résultant du partage entre les riverains de la propriété du lit du fleuve, et de la conservation permanente et immuable de la ligne médiane tracée à une époque déterminée, il faut ajouter les embarras que le nouveau système pourrait apporter à la navigation, sans compter qu'au point de vue économique ce système serait encore déplorable, puisqu'il pourrait avoir souvent pour effet d'augmenter la quantité des terres improductives. Voici, en effet, l'intéressante remarque d'un des membres de la commission.

« Supposons, disait-il, qu'entre deux points donnés on envisage le cours d'un fleuve, du Pô, par exemple, dans un endroit où il a une largeur normale de 200 mètres. La ligne médiane a été soigneusement déterminée. Voici ce qui pourra arriver sous l'empire du nouveau système : si le fleuve abandonne peu à peu l'une de ses rives, la rive droite, par exemple, pour envahir peu à peu la rive gauche, mais en conservant toujours sa largeur de 200 mètres, il arrivera un moment où un peu plus de la moitié du lit se

trouvera à découvert. Les riverains de droite ne pourront profiter de cette alluvion, que jusqu'à la ligne médiane, qui demeure toujours fixe malgré la retraite des eaux; or, de l'autre côté de cette ligne médiane il y aura un étroit lambeau de terrain appartenant aux riverains de gauche. Mais comment ces riverains de gauche, obligés de traverser un fleuve de 200 mètres pour aborder à cet étroit et long ruban de terrain, pourront-ils utiliser leur droit de propriété, vu surtout la forme bizarre de la portion d'alluvion qui leur revient? Evidemment ils l'abandonneront et la laisseront sans culture; alors ne vaut-il pas mieux abandonner l'alluvion entière au riverain de droite, qui a toute facilité pour la cultiver et mettre en valeur?..... »

Tels sont les principaux motifs qui firent repousser par la commission du Sénat italien le nouveau système organisé par le projet soumis à son examen. Le rapporteur, M. Deforesta, rappela à ce sujet qu'en 1808, lorsqu'il fut question en France de la rédaction du Code rural, il fut question d'adopter un système analogue. Les cours d'appel, alors au nombre de trente-deux, furent consultées; quatorze, parmi lesquelles celle de Turin, émirent un avis favorable; deux, dont l'une était la cour de Gênes, déclarèrent que la proposition semblait juste et conforme aux principes théoriques, mais qu'elle était d'une application trop difficile. Enfin, les seize autres, parmi lesquelles la cour de Rome, se prononcèrent radicalement pour la négative. Le gouvernement, après mûre réflexion, adopta ce dernier sentiment, et la proposition n'eut pas de suite. Or, il importe de remarquer que cette proposition était

uniquement restreinte aux lits des grands fleuves navigables ou flottables, car au sujet des petites rivières, la commission pour le Code rural avait reconnu elle-même que le projet était impraticable à cause des changements incessants que présente leur cours irrégulier et capricieux.

En 1830, le président Chardon proposa encore le même système dans son *Traité de l'alluvion*, et le soutint avec une grande énergie. Il alla même jusqu'à conseiller aux propriétaires riverains de l'une et de l'autre rive d'adopter entre eux ce système et de le régler amiablement par des conventions privées, sur la validité desquelles il n'élevait aucun doute. Mais ni le gouvernement ni les propriétaires riverains n'ont voulu suivre les conseils de M. Chardon, et l'Italie a bien fait de ne pas s'y arrêter. En conséquence, le Code italien, dans sa rédaction définitive, en est revenu au système du Code français. Seulement il a repoussé, et avec raison selon nous, la disposition de notre article 563 qui, dans le cas où un cours d'eau navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son lit, attribue à titre d'indemnité aux propriétaires des fonds nouvellement occupés, l'ancien lit abandonné.

Cette disposition, peu justifiable et contraire aux lois romaines, a été introduite en France par la jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui s'était prononcé en faveur des propriétaires des terrains nouvellement occupés, par des considérations d'équité mal entendue. Il n'y a, en effet, aucun motif pour les indemniser du préjudice qu'ils souffrent, car ce préjudice provient d'un cas fortuit. Or, tant pis pour ceux qui sont atteints par un cas fortuit. De plus, il est souverainement injuste de les indemniser aux dépens

des riverains de l'ancien lit qui, pendant si longtemps, ont supporté l'action destructive des eaux, et souffert les servitudes qui dérivent de leur voisinage. C'est donc avec raison que l'article 461 du Code italien attribue aux propriétaires riverains le lit abandonné.

Nous nous sommes quelque peu étendu sur cette question des alluvions et atterrissements, d'abord à cause de son importance intrinsèque, mais aussi pour montrer avec quel soin a été rédigé le nouveau Code italien. Lors même qu'il paraît reproduire purement et simplement les dispositions dont il a trouvé la formule dans le nôtre, ce n'est qu'après un examen approfondi, et de savantes discussions au sein des commissions nombreuses qui se sont succédé, qu'une telle disposition est adoptée; aussi le Code italien mérite d'être étudié autant pour les emprunts qu'il a judicieusement faits au Code Napoléon, que pour les innovations qu'il contient.

III. Voyons maintenant comment a été réglementée la matière de l'usufruit.

La définition que la loi italienne donne de l'usufruit est à peu près la même que celle adoptée par la loi française, sauf qu'elle est plus précise en ce qui concerne la substance :

« L'usufruit, dit l'article 477, est le droit de jouir d'une chose dont un autre a la propriété, de la même manière que le propriétaire, mais à la charge d'en conserver la substance tant dans la matière que dans la forme. »

Cette définition pèche, surtout, parce qu'elle ne nous fait pas voir que le *droit de jouir*, dont il s'agit, a été

constitué à titre de droit réel. Cette omission provient de ce que les termes employés n'ont pas une suffisante précision scientifique. En latin, la propriété étant définie : *jus utendi, fruendi, abutendi*, il en résultait que ces trois mots avaient un sens technique nettement déterminé, et désignaient nécessairement, chacun, un démembrement de la propriété, c'est-à-dire un *droit réel*. Or, l'expression française *droit de jouir*, ainsi que l'expression italienne *diritto di godere*, qui sont la traduction littérale des mots *jus utendi, fruendi*, n'en sont pas la traduction technique, car elles ne contiennent en aucune façon l'idée de droit réel, qui est cependant l'essence même de l'usufruit. Cette remarque est importante, car tous ceux qui ont le *droit de jouir* de la chose d'autrui ne sont pas investis d'un droit réel d'usufruit; ainsi le locataire qui, d'après l'article 1709 du Code Napoléon, a le *droit de jouir*, n'est investi que d'un droit de créance. De même les père et mère qui ont la jouissance des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans (art. 384 C. Nap.) ne sont pas investis d'un véritable usufruit, *jus utendi, fruendi*, et s'il est arrivé au législateur de qualifier d'*usufruit légal* ce droit de jouissance (Voy. art. 601 C. Nap.), cela vient précisément de la confusion que devait amener le vague des expressions.

IV. Les rédacteurs du Code italien n'ont pas tout à fait suivi les dispositions de notre Code en ce qui concerne la délimitation des droits de l'usufruitier.

Nous remarquons d'abord que l'article 492 du Code italien permet à l'usufruitier de vendre ou céder seulement l'*exercice de son droit*, tandis que notre article 595 lui per-

met de vendre ou céder *son droit* lui-même..... Il est vrai que quelques auteurs ont soutenu que, malgré les termes de notre article 595, il fallait décider, en droit français, que l'usufruitier ne pourrait céder que l'exercice de son droit... Mais on sait combien est faux le point de départ de cette opinion, aujourd'hui à peu près abandonnée. Comme l'*alea*, ou chance d'extinction de l'usufruit, porte sur la tête de l'usufruitier, on craignait que cette *alea* ne fût transportée sur la tête de l'acquéreur, si l'usufruitier était autorisé à vendre *son droit,* et c'est pour empêcher ce résultat de se produire qu'on déclarait seulement possible la vente de l'*exercice* du droit. Or, qui ne voit tout de suite la naïveté d'une telle appréhension? On ne peut assurément transmettre que les droits dont on est investi; donc, celui qui est investi d'un droit dont les chances d'extinction reposent sur sa tête, ne peut évidemment transférer à autrui que ce droit soumis aux mêmes chances d'extinction, et l'acquéreur ne peut obtenir ce droit que soumis aux mêmes chances d'extinction qui continuent toujours de porter sur la tête de l'aliénateur.....

Pourquoi donc les rédacteurs du Code italien, qui n'ignoraient certes pas l'état de la question, ont-ils préféré décider que l'usufruitier ne pourra aliéner que l'exercice de son droit? Cette solution est non-seulement difficile à justifier au point de vue doctrinal, mais, de plus, elle est regrettable au point de vue économique. Il en résulte, en effet, que le cessionnaire de l'exercice d'un droit d'usufruit établi sur un immeuble, n'étant investi que d'un droit de créance vis-à-vis de son cédant, et pas du tout d'un droit réel, ne pourra pas, au besoin, l'hypothéquer..... Ainsi donc, sup-

posons que l'usufruitier d'un domaine produisant 50,000 fr. de revenu veuille hypothéquer son droit d'usufruit, il le pourra sans difficulté; mais s'il vend à un tiers l'exercice de ce droit, l'acquéreur, malgré l'importance de cet usufruit, ne pourrait pas contracter le plus petit emprunt hypothécaire..... Bien plus, l'usufruitier n'ayant pu vendre et n'ayant vendu que l'exercice de son droit, a nécessairement retenu ce droit lui-même; il pourra donc le grever d'une hypothèque qui sera opposable à l'acquéreur, et qui pourra avoir pour effet de dépouiller ce dernier de l'*exercice* illusoire qui lui aura été transmis. Il est difficile d'imaginer deux conséquences plus nuisibles au crédit.

V. Le Code italien a admis, comme le Code français, que l'usufruitier devait pouvoir donner à bail la chose grevée d'usufruit, et qu'à la cessation de l'usufruit ce bail pouvait être opposé, dans une certaine mesure, au propriétaire. Mais ce n'est pas sans difficulté que ce principe a été admis dans le Code italien, et l'importance pratique de la question exige que nous en fassions un examen particulier.

Les articles 595 et 1429 du Code Napoléon donnent à l'usufruitier le droit de consentir des baux qui, s'ils excèdent neuf années, ne seront, à la cessation de l'usufruit, obligatoires à l'égard du propriétaire, que pour le temps restant à courir de la première période de neuf ans, ou de la seconde, et ainsi de suite.

Le Code est évidemment parti de cette idée que les baux qui n'excèdent pas neuf années sont des actes de pure administration, et que l'usufruitier, ayant incontestablement le droit d'administrer l'immeuble objet de l'usufruit, doit

pouvoir consentir des baux opposables au propriétaire dans la limite des actes de pure administration.

Il est manifeste qu'une telle raison ne saurait avoir la moindre valeur juridique. Cette décision : que les baux n'excédant pas neuf ans ne constituent que des actes d'administration, est arbitraire, et ne résulte que de la volonté pure de la loi. Sans doute, il est permis de concevoir qu'on ait pu l'appliquer aux baux des biens du pupille consentis par le tuteur, et aux baux des biens personnels de la femme commune consentis par le mari seul. Mais ces solutions sont légitimées par des principes tout à fait étrangers à la matière de l'usufruit. Ainsi le tuteur, administrateur des biens du pupille, est le mandataire légal de ce dernier, son véritable représentant ; on peut en dire autant du mari, à qui l'article 1428, § 1, confie l'administration de tous les biens personnels de la femme ; il est donc tout naturel, en vertu du principe que les actes passés par le représentant dans la limite de son mandat sont opposables au représenté, de décider, comme l'ont fait les articles 1429 et 1718, que les baux consentis par les tuteurs et maris seraient opposables aux ex-pupilles et aux femmes dans la limite des actes de pure administration. Mais ce point de vue doit demeurer tout à fait étranger aux rapports de l'usufruitier avec le propriétaire. L'usufruitier ne représente pas le moins du monde le propriétaire ; il n'a pas du tout été constitué l'administrateur des biens de ce dernier ; il est faux de dire que sa qualité d'usufruitier lui donne le pouvoir d'administrer la chose du propriétaire. Il se trouve directement et personnellement investi d'un droit réel démembré du droit de propriété ; c'est ce droit réel, qu'il exerce en jouissant de la chose, qu'il en jouisse par lui-

même ou par le fait d'un fermier. Par conséquent, puisqu'il ne représente pas le propriétaire, le bail qu'il a consenti, pour si court qu'on le suppose, ne saurait en aucune façon lier ce dernier, et devrait tomber par tout événement de nature à mettre fin à l'usufruit. C'est là précisément ce qu'avait décidé le droit romain [1], dont notre ancienne jurisprudence avait suivi la doctrine.

Le Code Napoléon a cru devoir s'en écarter. Quels peuvent être les graves motifs d'une flagrante dérogation aux principes les plus clairs du droit ? « L'ancienne législation, dit M. Demolombe, était certainement très-contraire à tous les intérêts : aux intérêts de l'usufruitier d'abord, qui, ne pouvant pas offrir une jouissance assurée au preneur pour toute la durée du bail, ne trouvait à louer qu'à des conditions désavantageuses ; aux intérêts du preneur exposé chaque jour à déguerpir, et qui ne pouvait se livrer à aucune pensée d'avenir, à aucune amélioration ; à l'intérêt enfin de la société tout entière, dans laquelle le contrat de bail joue un si grand rôle, et qui ressent toujours profondément le contre-coup de toutes les entraves qui arrêtent le développement de l'agriculture et de l'industrie, ou qui gênent les relations les plus nécessaires des citoyens les uns avec les autres [2]. »

Nous ferons d'abord remarquer qu'avec une pareille doctrine on arriverait forcément à reconnaître à tous ceux qui n'ont sur une chose qu'un droit résoluble ou temporaire la faculté de concéder à des tiers, au préjudice des proprié-

[1] L. 9, § 1, D. *Locati conducti.*

[2] *De la distinction des biens : propriété, usufruit*, t. II, n° 550, p. 309.

taires, des avantages qui survivraient à la résolution ou à l'extinction du droit principal, c'est-à-dire que le principe même de la propriété serait bientôt altéré dans son essence, et les notions juridiques les plus sûres tout à fait bouleversées. De plus, on parle beaucoup de l'*intérêt* de l'usufruitier, de l'*intérêt* du preneur; on invoque même l'*intérêt* de la société!... Mais quant au DROIT du propriétaire, il n'en est pas question, on n'a même pas l'air d'y songer. Et cependant c'est de sa chose qu'il s'agit, de sa chose dont on veut lui enlever encore la libre disposition par l'effet d'un contrat qui lui est tout à fait étranger. Les raisons économiques invoquées dans la question en faveur de l'usufruitier et du preneur peuvent, avec bien plus de force, être invoquées par le propriétaire d'ailleurs fort de son droit.

L'intérêt de l'agriculture et de l'industrie exige que tout bail consenti par l'usufruitier cesse par suite de l'extinction même de l'usufruit. Il importe, en effet, que le propriétaire qui rentre en possession et jouissance de sa chose, puisse tout de suite y faire les améliorations et réparations nécessaires, et la disposer en vue d'une destination plus utile peut-être et plus productive que la destination première qu'avait dû respecter l'usufruitier; et on ne voit pas pourquoi le *droit* de propriété serait obligé de capituler devant l'*intérêt transitoire* d'un fermier. Si le fermier doit l'emporter, quelle facilité pour la fraude! L'usufruitier pourra faire un bail à long terme moyennant une redevance annuelle très-modique; mais il se fera payer secrètement, au moment du contrat, une forte somme en compensation de la modicité de la ferme, de sorte que l'usufruit venant à cesser, et le propriétaire étant encore obligé d'entretenir le bail pour

une période qui pourra être de près de neuf années, ce sera le propriétaire qui supportera seul, en définitive, pendant plus de huit ans, la vilité du prix du fermage...

Toutes ces considérations avaient frappé, et avec raison, la commission sénatoriale ; aussi avait-elle amendé le projet qui lui était soumis, et avait-elle proposé de décider que les baux consentis par l'usufruitier ne pourraient être opposés au propriétaire, et prendraient fin avec l'année dans laquelle se produirait la cessation de l'usufruit. Malheureusement cette opinion n'a pas été suivie, et le Code italien, comme nous l'avons dit, a consacré le système admis par le Code français, en se bornant à l'atténuer un peu.

L'article 493 du Code italien est en effet ainsi conçu :

« Les baux consentis par l'usufruitier pour un temps excédant cinq années, ne sont valables, en cas de cessation de l'usufruit, que pour la période quinquennale en train de courir au moment de cette cessation, en comptant la première période du jour où le bail a commencé, la seconde période du jour où la première a pris fin, et ainsi de suite... Si l'usufruit avait été constitué pour un temps déterminé, les baux consentis par l'usufruitier ne vaudront jamais que pour la dernière année ; néanmoins, s'il s'agit de fonds dont la principale récolte soit biennale ou triennale, le bail vaudra pour l'entière période biennale ou triennale pendant laquelle l'usufruit aura pris fin. »

Nous n'hésitons pas à déclarer que nous préférons la solution donnée par le droit romain. En s'en tenant énergiquement aux principes du droit, les jurisconsultes de Rome, sur ce point comme sur bien d'autres, se sont montrés meilleurs économistes que les théoriciens qui, en ne voyant qu'un

côté de la question, ont, dans l'intérêt de l'agriculture qu'ils croyaient représentée par l'usufruitier et le fermier, sacrifié précisément l'agriculture elle-même, véritablement représentée par le propriétaire [1].

VI. La question des améliorations faites par l'usufruitier a été réglée par le Code italien selon les vrais principes. En droit français, et selon l'article 599, § 2 : *l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.* L'article 495 du Code italien reproduit exactement la même disposition, en ajoutant toutefois : *l'augmentation de valeur pourra cependant être compensée avec les détériorations ne résultant pas d'une faute grave imputable à l'usufruitier.*

Mais c'est, en droit français, une question encore fort débattue que celle de savoir si la loi, en refusant à l'usufruitier une indemnité quelconque pour les *améliorations*

[1] Voici sur ce point l'opinion de M. Boissonade : « Pour ce qui concerne le droit romain, l'argument perd toute sa force, quand on songe qu'à Rome l'acheteur d'un fonds n'était pas même tenu de respecter les baux du propriétaire (*emptorem necesse non est stare colono*) ; dès lors il n'est pas surprenant qu'on n'ait pas imposé au nu-propriétaire le respect des baux de l'usufruitier ; la disposition qui nous occupe était commandée, comme celle de notre article 1743, par l'intérêt public qui veut que les fonds trouvent aisément des preneurs. M. Huc craint la collusion, mais les tribunaux sauront la réprimer. Quant à cette gêne momentanée où se trouvera le propriétaire de ne pouvoir rentrer immédiatement en jouissance, elle nous touche peu, parce qu'il n'a jamais pu compter sur la cessation à jour fixe d'un usufruit ordinairement mesuré sur la vie de l'homme ; mais pour le cas, assez rare, d'un usufruit à terme, nous ne voyons aucun inconvénient à la solution de notre collègue. » — *Revue critique, loc. cit.*

provenant de son chef, a entendu lui refuser aussi tout recours pour les *constructions* qu'il pourrait avoir élevées. Les uns pensent que l'expression *amélioration* entendue dans un sens large, doit s'étendre même aux constructions proprement dites ; les autres estiment, au contraire, que les constructions faites par l'usufruitier doivent être régies, non point par l'article 599, mais par l'article 555, et qu'en conséquence le propriétaire ne peut les conserver qu'à la condition de payer à l'usufruitier, assimilé à un possesseur de mauvaise foi, ce qu'elles lui ont coûté.

Le Code italien tranche législativement cette controverse au moyen d'une solution bien plus équitable que celles qui ont été proposées ; en effet, d'après l'article 395, § 3, *lorsqu'il n'y a pas lieu à compensation entre les améliorations d'une part et les détériorations de l'autre, l'usufruitier pourra enlever les additions par lui faites, pourvu qu'il en résulte pour lui quelque profit, sans aucun dommage pour le fonds ; sauf, dans ce cas, au propriétaire à les conserver, s'il le préfère, en remboursant à l'usufruitier une somme égale à celle que ce dernier pourrait en retirer s'il les détachait du fonds.* Cette solution nous paraît plus favorable au propriétaire, et est plus conforme à la justice que celle qui consisterait à appliquer à l'espèce l'article 555 du Code Napoléon.

VII. Le Code italien n'a pas été, ce nous semble, aussi bien inspiré lorsqu'il a traité des réparations à faire à la chose soumise à un droit d'usufruit. L'article 501 déclare que l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, dites réparations ordinaires, et non des grosses réparations ou

réparations extraordinaires, si ce n'est quand elles ont été rendues nécessaires par un défaut d'entretien. Mais l'article 502 ajoute :

Dans tous les autres cas, l'usufruitier qui aura effectué les grosses réparations aura le droit de se faire rembourser, sans intérêt, la valeur des ouvrages faits, pourvu que leur utilité subsiste encore au moment de la cessation de l'usufruit.

Il résulte, de plus, de l'article 502 que : *si l'usufruitier ne veut pas avancer les sommes nécessaires pour les réparations extraordinaires, et si le propriétaire consent à les effectuer à ses frais, l'usufruitier devra bonifier le propriétaire de l'intérêt des sommes par lui déboursées, et ce, pendant toute la durée de l'usufruit.*

Il suit de ces dispositions que les grosses réparations sont à la charge du nu-propriétaire, et de plus, qu'il est *tenu* de les faire ; que seulement il est dispensé de faire les avances de la dépense, avances qui doivent toujours être faites par l'usufruitier. Mais, si à la cessation de l'usufruit l'utilité des grosses réparations subsiste encore, il devra alors en payer la valeur.

Nous ne pouvons approuver une semblable solution. La question d'utilité ne nous paraît pas, en effet, susceptible d'être jugée par les tribunaux. De quelle utilité veut-on parler en effet? Est-ce de l'utilité *relative*, envisagée au point de vue du propriétaire, ou de l'utilité *absolue*, envisagée au point de vue unique de la conservation de l'immeuble ? S'il s'agit de l'utilité relative, c'est le propriétaire qui est seul juge du genre et du degré d'utilité des réparations à faire. Il peut entrer dans ses vues de laisser tomber en ruine sa maison dont un autre a l'usufruit, parce qu'il se propose,

quand l'usufruit aura pris fin, d'en changer complétement la destination, par exemple de construire à la place un établissement hydrothérapique, etc. ; quand même les réparations effectuées pourraient être utilisées par lui, il n'a qu'à changer un peu son plan pour les rendre tout à fait inutiles ; il est donc impossible d'envisager un genre d'utilité que son caractère relatif rend essentiellement insaisissable.

Veut-on parler de l'*utilité absolue?* Ce serait violer manifestement l'équité, puisqu'il faudrait décider que le propriétaire sera obligé de payer des réparations qui sont tout à fait inutiles pour lui, puisqu'il se propose de démolir sa maison.

Mais, pourrait-on peut-être objecter, le propriétaire ne sera tenu de payer les réparations extraordinaires que si, en fait, il en profite, s'il les utilise dans son intérêt propre... Alors nous répondrons que l'usufruitier a déjà été suffisamment indemnisé par le surcroît de revenu que ces grosses réparations ont pu lui procurer, ou encore par la continuation de l'usufruit qui, sans ces réparations, aurait peut-être pris fin plus tôt par la perte de la chose. D'ailleurs, le système consacré par le Code italien présente ce grave inconvénient de pousser l'usufruitier à faire inconsidérément de grosses réparations qui retomberont en définitive sur le propriétaire, pourvu qu'à la fin de l'usufruit elles présentent encore une utilité quelconque, absolue ou relative. De sorte que le propriétaire se trouvera souvent engagé, par le fait de l'usufruitier, dans une voie qui peut-être n'est pas la meilleure, et que, dans tous les cas, il n'aurait pas voulu choisir.

§ 2.

I. Des servitudes en général.
II. Critique de la division des servitudes en servitudes légales et servitudes dérivant du fait de l'homme.

I. L'importante matière des servitudes a été coordonnée par le Code italien avec une incontestable supériorité pratique sur toutes les autres législations de l'Europe. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisqu'il a fidèlement reproduit, en les améliorant encore, les principales dispositions du Code sarde ; or, on sait que, pour tout ce qui touche aux intérêts agricoles et industriels, au régime des eaux, etc., la loi sarde, conçue d'après les vrais principes économiques, passait pour contenir la réglementation la plus savante, la plus complète et en même temps la mieux rédigée. Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé de toutes ces prescriptions diverses qui intéressent plus directement l'agriculture et l'industrie. Nous dirons seulement que nous avons été particulièrement frappé de la savante organisation du régime civil des eaux, qu'il s'agisse de régler les rapports établis par la situation des lieux entre les divers héritages, ou de déterminer les effets et le mode d'exercice des servitudes proprement dites de prise d'eau, aqueduc et autres analogues, établies par le fait de l'homme. La matière des irrigations et du drainage qui, en France, forme l'objet des lois des 29 avril 1845, 11 juillet 1847 et 10 juin 1854, n'a pas non plus été négligée ; et les diverses questions de droit privé qui peuvent surgir à ce propos ont été soigneusement prévues et décidées par le Code. Aussi n'hésitons-nous pas à penser qu'au point de vue purement pratique, l'ensemble des dispositions du

Code italien, comprises sous la rubriqne générale : *Des servitudes prédiales*, contient un *Code rural* complet donnant satisfaction, dans une juste mesure, aux besoins divers de l'agriculture, et ayant réussi à concilier heureusement les intérêts généraux avec les droits individuels.

II. Mais si nous examinons maintenant cette partie du Code italien au point de vue purement scientifique, nous regretterons que des dispositions aussi sages, aussi justes, aussi savamment rédigées, aient été réunies dans un cadre aussi défectueux. Les rédacteurs du Code italien ont, en effet, reproduit presque complétement les *divisions* et les *rubriques* du Code Napoléon.

Le Code Napoléon divise les servitudes en trois classes : 1° servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ; 2° servitudes établies par la loi ; 3° servitudes établies par le fait de l'homme (art. 639, C. Nap.). On s'aperçoit tout d'abord qu'il ne saurait exister aucune différence entre la servitude dérivant de la situation des lieux et les servitudes établies par la loi, puisque c'est en définitive la loi qui fixe et détermine les servitudes dérivant de la situation des lieux. Il est vrai que les rédacteurs du Code italien ont évité cette confusion ; ils n'ont créé que deux classes de servitudes : 1° les servitudes établies par la loi ; 2° les servitudes établies par le fait de l'homme ; et ils ont fait rentrer dans la première classe celles qui dérivent de la situation des lieux. Mais pourquoi se sont-ils contentés de cette insuffisante correction ? N'auraient-ils pas mieux fait de rejeter complétement une classification dont les bases sont radicalement fausses ?

Est-il vrai de dire, en effet, qu'il y a des *servitudes*, de

véritables *servitudes* établies par la loi ? Est-il exact de prétendre que les limitations apportées par la loi à la propriété constituent des *servitudes*, des *démembrements* de la propriété ?..... Évidemment non.

La propriété est *essentiellement* un droit limité par la loi (art. 544 C. Nap., art. 436 C. ital.). Il est manifeste que les droits de chaque propriétaire étant égaux, tous les droits individuels doivent, pour s'équilibrer entre eux, se limiter réciproquement. Le droit de chacun est forcément limité par le droit égal et semblable du voisin ; celui qui ne voudrait être gêné par aucune limite, empiéterait positivement sur le droit des autres. Par conséquent, la propriété ne peut être conçue, en tant qu'institution sociale, que comme limitée par la loi. Or, les limitations légales de la propriété ne peuvent pas être considérées comme des *démembrements* de la propriété, c'est la propriété entière qui, tout en étant limitée, demeure intacte et non démembrée. Par conséquent, les diverses limitations dont la propriété a été l'objet constituent le régime légal de la propriété, et pas du tout des servitudes ; et c'est se tromper que de les désigner par cette fausse appellation. Ainsi, par exemple, l'obligation pour le fonds inférieur de recevoir les eaux naturelles découlant des fonds supérieurs constitue-t-elle un démembrement de la propriété qui vienne diminuer le fonds servant pour augmenter le fonds dominant ? Nul n'oserait le soutenir. Ainsi encore, on ne peut avoir aucune vue sur l'héritage voisin, que s'il y a une certaine distance entre cet héritage et le mur où on veut établir l'ouverture... Est-ce là une servitude ? Évidemment non. C'est purement et simplement la réglementation de l'exercice du droit de propriété.

Si le législateur s'est aussi complétement trompé sur ce point, c'est qu'il a été influencé par l'idée chimérique d'un prétendu droit de nature d'après lequel chaque propriétaire aurait chez lui le droit de tout faire. La loi positive, étant venue restreindre ce droit, l'a donc *démembré*, lui a imposé des servitudes... Mais qui n'aperçoit la fausseté de ce point de vue? Qu'est-ce donc que ce prétendu droit naturel qui donnerait à chacun le droit de tout faire? Ce serait, ni plus ni moins, le régime de la violence brutale, la lutte anarchique des instincts les plus grossiers, en un mot, la négation du droit. Un droit n'existe que par le respect d'un droit semblable chez son prochain; les droits individuels doivent donc se limiter réciproquement pour pouvoir coexister, et les règles qui constituent des limitations ne sont pas des démembrements du droit. Un droit ne peut être considéré comme démembré que lorsqu'après l'avoir circonscrit dans ses limites légales, on lui enlève encore une partie de ce qui le constitue.

§ 3.

I. De la communion ou communauté.
II. Des droits individuels des communistes.
III. De la faculté de se retirer en matière de communauté de pâture.
IV. Des choses communes dont le partage ne peut être demandé.

I. Le second livre du Code italien contient deux titres nouveaux qu'on ne retrouve pas dans le livre correspondant du Code Napoléon. Ces deux titres ont trait: 1° à la *communauté*, 2° à la *possession*.

Le titre consacré à la *communauté* ou *copropriété com-*

mune, comprend d'abord diverses dispositions éparses dans plusieurs articles isolés du Code Napoléon, celles, par exemple, des articles 815 et 882. La circonstance que ces dispositions et quelques autres ont été réunies sous une rubrique spéciale n'étant pas de nature à leur donner un degré nouveau d'importance scientifique, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de nous en occuper. Voyons seulement comment la loi italienne a réglé les rapports des communistes entre eux, en ce qui concerne l'administration de la chose commune.

II. D'après l'article 677, un des copropriétaires ne peut faire aucune innovation sur la chose commune, quand même il le croirait avantageux à la masse, sans l'assentiment de tous les autres.

L'article suivant (678) est ainsi conçu :

« Pour tout ce qui concerne l'administration de la chose commune et la meilleure manière d'en jouir, les délibérations prises par la majorité des participants sont obligatoires à l'égard de la minorité dissidente. Pour qu'il y ait majorité, il faut que les voix qui concourent à la délibération représentent la majeure partie des intérêts dont la réunion forme l'objet de la communauté. S'il ne se forme pas de majorité, ou si la délibération prise par la majorité est de nature à gravement préjudicier à la chose commune, l'autorité judiciaire ordonnera les mesures nécessaires, et pourra même, le cas échéant, désigner un administrateur. »

De pareilles dispositions nous paraissent arbitraires et en opposition avec le principe même de la propriété et le caractère juridique de la copropriété ou communauté. On conçoit

qu'en matière de société, et à raison des relations contractuelles intervenues entre les parties, on puisse décider que la majorité pourra, dans une certaine mesure, faire la loi à la minorité. Les parties, pourrait-on dire, ont vraisemblablement entendu qu'il en serait ainsi. Mais il est impossible de transporter cette solution dans la théorie de la propriété. Chacun des intéressés ou communistes étant investi d'un droit égal et semblable, et aucun n'ayant entendu conférer aux autres un mandat ou un privilége quelconque, on peut affirmer que le droit de chacun tient en échec le droit de tous les autres, et c'est le cas de dire que : *Melior est conditio prohibentis.* Vouloir restreindre l'application de cette règle aux actes d'innovation, comme le fait la loi italienne, et en affranchir les questions d'administration ou de meilleure jouissance de la chose, c'est consacrer une distinction qui ne repose sur aucune base, et qui, de plus, ne saurait aboutir à aucun sérieux résultat pratique.

Supposons, en effet, que la majorité ait adopté une résolution contraire au vœu de la minorité; la minorité n'aura, pour éluder le vote de la majorité, qu'à provoquer tout de suite le partage. On objectera peut-être que la minorité ne pourra pas toujours recourir à ce moyen radical, attendu qu'il pourra se faire que les intéressés aient convenu de demeurer dans l'indivision pendant un certain temps, qui, d'après la loi italienne, ne pourra pas excéder dix années (art. 681). On peut répondre que, dans ce cas, l'impossibilité d'agir où la minorité se trouverait, résultant d'un fait accidentel, la remarque subsiste pour tous les cas ordinaires. D'ailleurs, même dans l'hypothèse d'un pacte d'indivision, l'article 681 du Code italien autorise les tribunaux, pour les cas graves

et urgents, à accorder le partage avant l'arrivée du terme convenu.

Enfin, nous repoussons surtout la décision qui, dans le cas où les résolutions prises par la majorité seraient de nature à préjudicier gravement à la chose commune, autorise les tribunaux à aviser, et, au besoin, à nommer un administrateur. Cette solution, que M. Demolombe croit admissible en droit français [1], aura pour résultat définitif de transporter aux tribunaux l'administration de toutes les choses indivises, en multipliant les procès outre mesure ; car la minorité soutiendra toujours que les vues de la majorité sont préjudiciables aux intérêts communs. N'aurait-il pas mieux valu s'en tenir au principe même de la propriété, d'après lequel, dans le cas de communauté, les droits de chacun, étant égaux et semblables, doivent être indépendants les uns des autres ? Si tous les intéressés ne peuvent pas se mettre d'accord, qu'ils sortent d'indivision au moyen d'un partage ; la loi n'avait pas besoin d'ajouter autre chose, et, en s'abstenant de réglementer des rapports qui échappent à toute réglementation, elle aurait rendu moins fréquents les procès que l'indivision ne fait déjà que trop facilement surgir.

III. Pour terminer ce qui a trait à la théorie de la copropriété ou communauté, nous citerons encore l'intéressante disposition de l'article 682 :

« Dans les territoires où est établie la réciprocité des pâturages, dit cet article, le propriétaire qui voudra se retirer, pour le tout ou pour partie, de la communauté des pâtures,

[1] *Des Successions*, t. III, nº 485, p. 469 et 470.

devra en faire la dénonciation un an à l'avance. A l'expiration de l'année, il perdra son droit de pâture sur les fonds des autres propriétaires, dans la proportion du terrain qu'il aura soustrait à l'usage commun. La dénonciation devra être signifiée à l'administration communale et publiée dans les formes ordinaires ; les contestations seront portées devant le tribunal civil. Mais dans aucun cas la faculté du retrait ne pourra être contestée, sinon pour un grand et manifeste motif d'utilité générale de la commune où sont situés les terrains. Le tribunal, en accueillant le retrait demandé, en déterminera le mode et les effets, en ayant surtout égard à la qualité et contenance des terrains soustraits à l'usage commun. »

IV. Enfin, le Code italien décide (art. 683) : « qu'on ne peut demander la *cessation de la communauté* (*scioglimento della comunione*) des choses qui, si elles étaient divisées, ne pourraient plus servir à l'usage auquel elles sont destinées. »

Cette disposition, dont la vérité est manifeste, mérite d'être remarquée, parce qu'elle est l'unique vestige, dans le droit moderne, du concept primitif de la propriété. On sait, en effet, que chez tous les peuples sans exception, la propriété territoriale a commencé par être collective, et que peu à peu, à mesure que la civilisation avançait dans sa marche, elle est devenue individuelle. De sorte que l'histoire et la philosophie sont d'accord pour démontrer que la propriété, d'abord collective, devait, en se développant selon les lois de sa nature, devenir enfin individuelle, de la même manière que l'homme est obligé de passer par l'enfance avant d'arriver à l'âge mûr.

Mais quoique aujourd'hui la propriété soit définitivement constituée sur la base des droits individuels et qu'il soit aussi impossible de prétendre la faire rétrograder, contrairement à sa nature, qu'il serait impossible de ramener l'homme mûr aux premières années de sa vie, il y a cependant certaines choses qui, forcément, ne peuvent être l'objet que d'une propriété collective, à peine d'être complétement destituées de toute valeur.

Tels sont, par exemple, les pâturages communaux dans les montagnes, et un grand nombre de biens communaux. Les motifs qui ont fait que les peuples pasteurs n'ont jamais connu que la propriété collective, parce que la jouissance collective était pour eux la seule forme qui pût rendre utile la propriété, n'existent en général aujourd'hui que pour les communaux dont nous venons de parler. Les lois des 14 août 1792 et 10 juin 1793, qui avaient ordonné le partage de tous les biens communaux, avaient certainement méconnu les vrais principes, et c'est avec raison qu'elles ont été abrogées par les lois des 21 prairial an IV et 9 ventôse an XII. La jouissance commune est tellement nécessaire pour cette sorte de biens, qu'une ordonnance du 7 octobre 1818 ne permet la mise en ferme des biens communaux que lorsqu'ils ne sont pas nécessaires à la dépaissance des troupeaux.

L'article 683 du Code italien a donc raison de dire : *qu'on ne peut demander la cessation de la communauté à l'égard des choses qui, si elles étaient divisées, ne pourraient plus servir à l'usage auquel elles sont destinées.*

II. Cependant la rédaction de cet article manque peut-

être d'une suffisante précision. Remarquons, en effet, que ce texte n'a pas pour but de déclarer qu'il est certaines choses *qui ne peuvent être partagées en nature*, mais, ce qui est bien différent, qu'il est certaines choses à l'égard desquelles on ne peut pas demander la *cessation de la communauté* (*lo scioglimento della comunione*). Or, en mettant de côté les biens communaux dont il vient d'être question, il n'y a guère que le mur mitoyen, appelé *mur commun* par les Italiens, qui soit dans ce cas, ainsi que les escaliers, puits, cours, etc., réservés communs pour l'usage de plusieurs maisons [1]. Il est certain que non-seulement ces objets ne pourraient être partagés sans que leur destination fût détruite, mais, de plus, qu'il n'est même pas possible d'en permettre la licitation. Mais il est d'autres objets, les mines, par exemple, qui, d'après les lois françaises, peuvent être licités et non partagés. Ainsi, l'article 7 de la loi du 21 avril 1810 déclare qu'une mine ne peut être vendue par lots ou partagée sans une autorisation préalable du gouvernement. Le copropriétaire d'une mine peut donc demander la cessation de la communauté, *lo scioglimento della comunione*, au moyen d'une licitation. Or, il est probable que les lois italiennes contiennent, à l'égard de certaines choses, des res-

[1] Les dispositions des articles 661 Code Nap. et 556 Code ital. relatives à la mitoyenneté forcée, et celles des articles 663 Code Nap. et 559 Code ital. concernant la clôture forcée, semblent une dérivation de la manière dont primitivement la propriété avait été envisagée. Faudrait-il les conserver ? M. Batbie pense que non, attendu qu'elles constituent une atteinte au droit individuel. — *Correspondant, loc. cit.*, p. 97 et 98. — Nous pensons aussi qu'il n'y aurait pas grand inconvénient à faire disparaître cette source de procès et de difficultés.

trictions analogues, et pour ces choses, il est certain que l'article 683 ne met pas obstacle à une demande en licitation, quoique le partage en nature ou la division en lots soient prohibés. Seulement cet article est rédigé de manière à faire croire que les copropriétaires d'un établissement de bains, par exemple, ne pourraient pas demander la cessation de la communauté, attendu que la division de la chose commune l'empêcherait de remplir sa destination.

§ 4.

I. De la possession. — Définition.
II. Possession des choses non susceptibles de propriété privée.
III. Théorie des actions possessoires.
IV. Les actions possessoires sont-elles admises en matière de possession des meubles ?
V. Solution affirmative pour la réintégrande.
VI. Même solution pour la dénonciation de nouvel œuvre ; justification de cette solution.
VII. *Quid* en matière de complainte ? — De la distinction entre les universalités de meubles et les meubles isolés. — Cette distinction doit être rejetée, et la complainte admise dans tous les cas.
VIII. Des améliorations faites à la chose par le possesseur.
IX. De la règle : En fait de meubles, possession vaut titre.

I. Après le titre consacré à la *communauté*, le second livre du Code italien contient un dernier titre relatif à l'importante matière de la possession. Pour la possession comme pour la communauté, on s'est borné à réunir sous une rubrique spéciale les diverses dispositions, qui, dans les autres Codes, se trouvent disséminées en plusieurs endroits, notamment dans le titre relatif à la prescription.

Le Code italien définit la possession (art. 685) : « La détention d'une chose ou l'exercice d'un droit, soit par soi-

même, soit par l'intermédiaire d'un tiers qui détient la chose ou exerce le droit en notre nom. »

L'article suivant (686) déclare que « la possession est légitime quand elle est continue, non interrompue, paisible, non équivoque, et à titre de propriétaire. »

Ces deux dispositions se complètent l'une l'autre; on pourra trouver cependant qu'elles ne sont pas rédigées en parfaite harmonie avec les données actuelles de la doctrine juridique. L'article 685, qui n'est, du reste, que la reproduction du Code Napoléon, ne distingue pas suffisamment la possession de la simple détention, qui n'est qu'un pur accident sans conséquence aucune.

II. Plus bas, la loi italienne déclare que la possession des choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, n'a aucun effet juridique (art. 690). Cette solution est tout à fait conforme à la théorie française, et même à la théorie généralement admise en matière de possession. Il suit de là que les dépendances du domaine public ne peuvent être utilement possédées ; que, par conséquent, non-seulement on ne peut pas les usucaper par une longue possession, mais même que leur possession ne pourrait être protégée par des actions possessoires. Néanmoins, puisqu'il s'agissait pour les juristes italiens *de jure constituendo*, et non *de jure constituto*, ils auraient mieux fait, ce semble, de soumettre à un nouvel examen cette ancienne doctrine, et de vérifier s'il n'y avait pas lieu de faire à cet égard quelques précisions. On peut, en effet, prévoir plusieurs hypothèses.

Supposons d'abord qu'un individu possède, en fait, un terrain que l'on prétend faire partie de la voie publique, être

par suite une dépendance du domaine public. Si le possesseur est troublé dans sa possession ou dépouillé par un tiers, et qu'il intente contre ce dernier l'action possessoire, devra-t-il succomber, si l'auteur du trouble offre de prouver et prouve, en effet, que le terrain dont il s'agit dépend de la voie publique? Cette décision serait dangereuse, puisqu'elle aurait pour résultat de maintenir les parties qui se disputent la possession à l'état d'antagonisme violent, tant que le domaine public n'interviendrait pas pour revendiquer sa chose. Par conséquent, lorsque la possession d'une chose est disputée entre simples particuliers, il nous semble qu'il ne faudrait pas admettre le défendeur à prétendre, pour échapper à une condamnation, que la chose dépend du domaine public.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si le litige s'élève entre le domaine public et un particulier qui conteste les droits du domaine public? C'est, en définitive, une question de propriété qu'il s'agit de juger. Or, à qui incombera la preuve du droit de propriété, c'est-à-dire la nécessité d'agir en revendication? Suffira-t-il que le domaine public prétende droit à une chose pour qu'il en soit tout de suite présumé propriétaire et envoyé en possession, de façon à imposer aux tiers qui seront obligés de se porter demandeurs en revendication, la nécessité de la preuve? Il serait impossible d'admettre une aussi choquante solution; il est certain que celui-là devra revendiquer, du domaine public ou du tiers, qui n'aura pas la possession. Donc, si chacun se prétend possesseur, il faudra bien vider la question de possession avant d'admettre les parties à se disputer au pétitoire.

A quoi donc se réduira la règle que : la possession des

choses dont on ne peut acquérir la propriété privée n'a point d'effet juridique ? Aux seules conséquences suivantes :

1° Cette possession ne pourra jamais conduire à la propriété par l'usucapion ; ce qui était inutile à dire, puisqu'on sait que les choses du domaine public sont imprescriptibles ;

2° Lorsque le domaine public a déjà possédé une chose et que le fait de cette possession est prouvé, il a toujours le droit de rentrer ou d'être maintenu en possession, nonobstant la possession annale du détenteur actuel, et sauf à répondre ensuite comme défendeur à l'action pétitoire. Ce qui revient à dire, que le domaine public demandeur au possessoir en n'est pas soumis pour triompher à la nécessité d'agir dans l'année du trouble.

Mais, si le domaine public ne peut prouver le fait d'une possession, même remontant à plus d'une année, il devra succomber au possessoire, et, par conséquent, jouer le rôle de demandeur dans l'action en revendication. Or, s'il obtient gain de cause en définitive, s'il est jugé que la chose dépend réellement du domaine public, la possession de cette chose aura donc produit cet effet d'assurer au détenteur le rôle de défendeur.

Il nous semble donc qu'il eût mieux valu chercher à indiquer les résultats pratiques dont nous venons de parler, plutôt que s'en tenir à cette formule générale : *La possession d'une chose non susceptible de propriété privée ne produit aucun effet juridique ;* disposition vague et même obscure, malgré son apparente clarté, et qui a l'air de signifier plus qu'elle n'exprime.

III. Le Code italien organise ensuite la théorie des actions possessoires ; il admet la complainte, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre avec le caractère que la doctrine attribue d'ordinaire à ces trois actions, et il décide notamment que, pour l'exercice de la réintégrande, il n'est pas nécessaire d'avoir la possession annale (art. 695). Nous remarquons de plus que la réintégrande est accordée non-seulement pour les immeubles, mais encore pour les meubles.

En ce qui touche la complainte, l'article 694 porte : « Celui qui étant depuis plus d'une année possesseur légitime d'un immeuble, d'un droit réel ou d'une universalité de meubles, est troublé dans sa possession, peut, dans l'année du trouble, demander à être maintenu dans la même possession. »

Pour la dénonciation de nouvel œuvre, il résulte de l'article 698, que celui qui a raison de craindre qu'une entreprise quelconque faite par autrui sur le sol ne soit de nature à porter dommage à un immeuble, à un droit réel *ou à tout autre objet par lui possédé*, peut dénoncer le nouvel œuvre au juge, pourvu qu'il ne soit pas encore terminé et qu'il ne se soit pas écoulé une année depuis son commencement.

IV. Ainsi donc, la réintégrande et la dénonciation de nouvel œuvre sont admises pour protéger la possession des meubles, et la complainte, seulement pour le cas où il s'agit d'une universalité de meubles. Voilà donc tranchées certaines controverses qu'avait soulevées le Code Napoléon. On sait, en effet, que la question de savoir si les actions posses-

soires peuvent être admises en fait de meubles, a donné lieu à plusieurs systèmes. Les uns admettent la négative d'une manière absolue, sans distinction entre les meubles isolés et les universalités de meubles ; d'autres, en bien plus petit nombre, admettent au contraire l'affirmative aussi d'une manière absolue ; mais la grande majorité distingue entre les meubles isolés, à l'égard desquels il est impossible de concevoir une instance sur le possessoire distincte d'une instance sur le pétitoire, et les universalités de meubles, qui, étant susceptibles d'une possession proprement dite, se prêtent à la distinction entre le possessoire et le pétitoire.

V. Le Code italien n'a suivi aucune de ces opinions d'une manière complète. Il a préféré, et avec raison, prendre avant tout en considération le but particulier de chaque action possessoire. D'abord, en ce qui concerne la réintégrande, il la déclare applicable aux meubles sans distinction, et rien de plus juridique que cette solution. On comprend, en effet, *à priori*, que la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus* doit être vraie, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles.

VI. Quant à la dénonciation de nouvel œuvre, il semble résulter des termes de l'article 698 qu'elle est admise même pour protéger la possession des meubles. Mais la difficulté consiste à trouver un cas où il serait possible de concevoir l'exercice d'une telle action pour protéger un meuble qui serait menacé par le nouvel œuvre. Voici cependant une hypothèse qui n'a certainement pas été prévue par les rédacteurs du Code italien.

Le Code italien (art. 409 et 419), à l'exemple du Code

français (art. 519 et 531), distingue entre les usines fixées par des piliers et se rattachant à une maison, lesquelles sont *immeubles*, et les usines non fixées par des piliers et qui sont *meubles*, quoique destinées à occuper constamment la même place assignée par l'autorité administrative, et dont la conservation peut, dans certains cas, constituer un droit acquis. Or, ne peut-il pas arriver qu'une *usine-meuble* ait sa place à côté d'une *usine-immeuble*, et que des travaux effectués sur cette dernière soient de nature à porter dommage à l'usine-meuble ?... Voilà une hypothèse où la dénonciation de nouvel œuvre pourra avoir lieu dans l'intérêt exclusif d'un meuble.

VII. Pour la complainte proprement dite, l'article 694 adopte la distinction entre les meubles isolés et les universalités de meubles ; la complainte est admise pour les universalités de meubles et repoussée pour les meubles isolés.

Cette distinction entre les meubles individuellement considérés et les universalités de meubles, est quelquefois utile en droit, notamment, ainsi que nous l'avons déjà vu, lorsqu'il s'agit de la succession d'un étranger. Mais de ce que cette distinction est utile dans certains cas, il ne s'ensuit pas qu'elle le soit toujours. Dans le cas particulier surtout, elle est tout à fait hors de propos. La difficulté de la question vient de ce que, en fait de meubles, la possession valant comme titre de propriété, il paraît impossible de concevoir comment la question de possession pourrait se poser séparément de la question de propriété ; il semble que tout procès sur la possession doive nécessairement se transformer en un procès sur la propriété. Cependant, ce que nous venons

de dire au sujet des usines-meubles prouve bien le contraire, et il est facile de concevoir un simple trouble apporté à la possession d'une usine non fixée par des piliers et devant donner lieu à une simple question possessoire tout à fait distincte de la question pétitoire. Mais il n'est même pas nécessaire d'aller choisir un exemple dans ces *meubles* d'un genre tout à fait particulier et qui sont destinés à occuper toujours la même place. Supposons qu'un objet mobilier ordinaire, mais d'une grande valeur, par exemple une de ces belles machines que la vapeur a mises au service de l'agriculture, se trouve entre les mains d'un préposé, et qu'une contestation surgisse entre deux personnes touchant la propriété de cette machine, et cela dans des circonstances où la maxime : en fait de meubles possession vaut titre, ne peut pas être invoquée.... Qui devra jouer le rôle de demandeur dans l'instance ? Évidemment celui qui ne possède pas ; aussi chacun des deux adversaires soutiendra-t-il qu'il possède. Or, quel est celui qui possède ? C'est celui qui a joué le rôle de préposant, qui a confié la machine au préposé qui la garde... Mais chacun des deux adversaires prétend être celui-là ; donc, chacun d'eux aura intérêt à agir au possessoire pour s'assurer le rôle de défendeur dans l'instance en revendication..... Il n'y a donc rien de si clairement justifié que l'utilité de la complainte, comme des autres actions possessoires en matière de meubles. L'opinion conforme de Renaud, consignée dans le *Kritische Zeitschrift* de Mittermayer, et qui a été considérée comme singulière, nous paraît donc la seule conforme à la raison pratique, quoiqu'il se borne à l'appuyer d'assertions historiques peut-être contestables. Mais, alors, comment se fait-il que cette solution ait

été repoussée par tous les auteurs? C'est qu'on n'a vu, comme cela arrive souvent, qu'un seul côté de la question ; on s'est laissé influencer par ce principe, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et que, par suite, toute discussion sur la possession paraît devoir forcément porter en réalité sur la propriété. Il fallait, au contraire, ne pas perdre de vue ces deux points : 1° Qu'il est un grand nombre de cas où, malgré cette règle, la revendication d'un meuble est possible ; 2° que, dans toutes ces hypothèses, il peut y avoir intérêt à savoir qui possède pour savoir qui sera demandeur et qui défendeur.

Nous voyons donc que le Code italien a organisé la difficile matière des actions possessoires, de façon à donner satisfaction à tous les besoins, garantie à tous les intérêts, et qu'il a donné une solution heureuse à plusieurs graves questions que soulève sur ce point l'application de notre Code civil.

VIII. Le Code italien a, de plus, complété sa théorie de la possession en déterminant avec netteté la situation du possesseur à l'égard du propriétaire en ce qui touche les améliorations apportées à la chose possédée. On sait que, sur ce point, notre Code Napoléon présente une regrettable lacune. L'article 555 s'occupe, sans doute, avec soin des plantations, constructions et ouvrages effectués sur le sol d'autrui. Mais on reconnaît généralement que cet article et les solutions qu'il contient ne peuvent s'appliquer qu'aux ouvrages susceptibles d'être enlevés. Quant aux réparations et travaux d'amélioration qui n'ont ajouté à la chose possédée aucun élément nouveau qu'on puisse en détacher, notre loi est

muette. Aussi n'est-ce pas sans grandes difficultés qu'on peut arriver à régler équitablement et juridiquement la position du propriétaire vis-à-vis d'un possesseur de bonne ou de mauvaise foi qui, par ses dépenses, a amélioré la chose.

« Dans le silence de nos lois, sur ce cas spécial, dit M. Demolombe [1], il faut recourir aux analogies déduites des matières semblables et aux principes généraux du droit (art. 4) ; et nous croyons que c'est dans le quasi-contrat de gestion d'affaires que nous devons trouver ces analogies et ces principes. Il est vrai que le tiers possesseur n'a pas fait ces travaux pour le propriétaire, et comme son gérant ; mais n'est-il donc pas possible de lui accorder, à l'exemple du préteur romain, une sorte d'action *utilis* de gestion d'affaires ?.... »

Nous n'avons pas à discuter ici, en détail, le système proposé par l'éminent professeur ; nous nous bornerons à faire remarquer qu'il n'est peut-être pas bien légitime d'aller chercher un principe de solution dans celui de tous les quasi-contrats qui est le plus incompatible avec les données de l'hypothèse. Le possesseur, en effet, agit *essentiellement* pour son compte personnel ; c'est précisément à cause de cela qu'il est possesseur ; donc il y a radicale incompatibilité juridique entre l'idée de *possesseur* et celle de gérant d'affaires ; donc il n'est pas bien sûr qu'il n'y ait pas un peu d'arbitraire dans le système qui résultera du rapprochement, *contra rationem juris*, de deux caractères aussi diamétralement opposés...

[1] *De la distinction des biens*, t. I, n° 689, p. 654.

Quoi qu'il en soit, voici comment le Code italien a cru pouvoir résoudre la question :

« Art. 704. Le possesseur, même de bonne foi, ne peut prétendre, vis-à-vis du propriétaire, à aucune indemnité pour cause d'améliorations qui auraient cessé d'exister à l'époque de l'éviction.

« Art. 705. Le possesseur soit de bonne, soit de mauvaise foi, ne pourra réclamer, pour les améliorations par lui faites, que la plus faible des deux sommes entre celle des impenses et celle qui représente la plus-value.

« Art. 706. Le possesseur de bonne foi peut seul exercer le droit de rétention pour cause des améliorations par lui faites et encore subsistantes, pourvu qu'il ait réclamé le remboursement de ses impenses pendant le cours de l'instance en revendication, et que d'ores et déjà il apparaisse quelque preuve de l'existence, en général, de ces améliorations. »

Tel est le système auquel se sont arrêtés les jurisconsultes italiens ; il nous paraît remarquable autant par son extrême simplicité que par sa conformité entière avec le principe d'équité. D'abord, au point de vue de la simplicité, quel avantage n'y a-t-il pas dans une théorie qui n'a plus besoin de se rattacher aux vieilles distinctions entre les impenses nécessaires, utiles et voluptuaires, entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi ? Pour toutes les hypothèses, les juges n'auront à examiner que deux questions :

1° Les impenses faites par le possesseur ont-elles apporté une plus-value à la chose ?

2° Cette plus-value est-elle supérieure ou inférieure au chiffre justifié des impenses ?

Dans tous les cas, dit la loi italienne, c'est la somme la plus faible que devra payer le propriétaire au possesseur. Rien de plus équitable que d'adopter cette solution vis-à-vis du possesseur de mauvaise foi comme vis-à-vis du possesseur de bonne foi. C'est qu'en effet, dans le cas dont il s'agit, la bonne ou la mauvaise foi du possesseur ne peut aucunement influer sur sa position. Il est vrai qu'il est des cas où il en est autrement ; mais de ce que, en matière de restitution de fruits ou lorsqu'il s'agit d'ouvrages que le propriétaire peut faire enlever s'il le veut, il y a des raisons pour traiter le possesseur de mauvaise foi plus mal que le possesseur de bonne foi, il ne s'ensuit pas qu'il faille toujours le traiter plus mal.

L'unique principe qui domine la question est celui-ci : Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; peu importe qu'autrui soit de bonne ou de mauvaise foi. Le litige devra toujours être réduit à une question d'enrichissement.

Donc, si le possesseur a dépensé 100 pour produire une plus-value de 50, le propriétaire n'étant, par le fait, enrichi qu'à concurrence de 50, ne devra payer que cette somme ;

Si, au contraire, le possesseur en dépensant 50 a produit une plus-value de 100, s'il pouvait obtenir cette dernière somme, il s'enrichirait lui-même sans cause à concurrence de 50 ; il ne pourra donc obtenir que 50 ;

Ce qui revient à dire que, dans tous les cas, étant donnés le chiffre des impenses et celui de la plus-value, le propriétaire ne devra jamais payer que le plus faible.

La mauvaise foi du possesseur peut-elle modifier quant à lui l'exactitude de ces solutions ? Évidemment non, tant qu'il

ne s'agira que de déterminer le *quantum* des indemnités à payer par le propriétaire. Du moment que l'obligation de ce dernier a pour cause juridique l'*enrichissement*, peu importe la bonne ou la mauvaise foi de celui qui, par son fait, a déterminé l'enrichissement.

Mais si le montant de l'indemnité à payer doit être déterminé, abstraction faite de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, il n'en sera pas de même des moyens juridiques que la loi met à la disposition du créancier. Nous rentrons ici dans le domaine du droit sanctionnateur, et par conséquent la loi peut refuser au possesseur tel moyen de coercition indirecte, le droit de rétention par exemple, qu'elle accorde au possesseur de bonne foi.

Le système italien est donc en parfaite harmonie avec les principes généraux du droit; il est plus simple que ceux qui ont été proposés par les commentateurs du Code Napoléon; et comme en définitive il n'est contrarié par aucun texte de notre Code, nous croyons qu'on pourrait légitimement soutenir que, dans le silence de la loi, il doit être suivi.

IX. Enfin, la théorie de la possession comprend encore dans le Code italien l'application de la maxime qu'*en fait de meubles possession vaut titre*, maxime que l'article 707 applique textuellement aux *titres au porteur ;* de plus, l'action en revendication des choses mobilières volées ou égarées a été limitée à deux années par l'article 2146, alors que notre Code accorde trois années. On peut approuver cette réduction du délai, à cause de l'intérêt qu'il y a à ce que le possesseur de bonne foi d'une chose mobilière appartenant à autrui ne reste pas trop longtemps sous le coup de l'action du vrai propriétaire.

Nous avons terminé l'examen du second livre du Code italien. La matière de ce second livre ne présente pas d'aussi graves questions que le livre des personnes. Cependant l'organisation de la propriété donne lieu à de graves difficultés pratiques. En cette matière, comme dans celle des obligations, le législateur est moins indépendant que dans beaucoup d'autres; il doit subordonner ses décisions aux principes dont la vérité a été démontrée par l'étude scientifique du droit. Toute dérogation à ces principes porte atteinte aux droits individuels, et le législateur doit mettre tous ses soins à les respecter et à maintenir leur intégrité. Les rédacteurs du Code italien sont restés fidèles à ce point de vue; jamais ils n'ont sacrifié les droits individuels à l'intérêt général, et fait prédominer les considérations purement économiques sur la raison juridique. Ce qui n'empêche pas que leur œuvre ne soit tout à fait au niveau de la science moderne, car ils ont tenu compte aussi bien des progrès de l'agriculture et de l'industrie que des progrès de la jurisprudence.

TROISIÈME PARTIE

TROISIÈME LIVRE DU CODE ITALIEN

§ 5.

I. Objet du troisième livre.
II. Principes fondamentaux de la dévolution des biens par succession.
III. Des incapacités de succéder. — *Quid* des étrangers? De ceux qui ont fait vœu de pauvreté ?
IV. De l'indignité.
V. Des divers ordres de succession. — Droits des père et mère.
VI. Du concours des père et mère avec les frères ou sœurs.
VII. Vocation des ascendants, des frères et sœurs et des collatéraux.
VIII. Suppression de la fente entre les lignes paternelle et maternelle.
IX. Situation respective des frères germains, consanguins et utérins.
X. Limitation au 10e degré du droit de succéder, et suppression du *retour légal.*
XI. Résumé.

I. Les matières les plus importantes et les plus difficiles à régler de tout le droit privé, forment, on le sait, l'objet du IIIe livre du Code. La théorie des successions et testaments, le droit des obligations, le contrat de mariage, le régime hypothécaire, la prescription : tels étaient donc les principaux sujets sur lesquels avaient à s'exercer la prudence et le savoir des jurisconsultes italiens. Ils se sont encore inspirés du Code Napoléon; mais nous verrons combien ils ont su l'améliorer, et de quelle manière heureuse ils ont combiné ensemble les données de la critique juridique

et les résultats certains fournis par la science économique. Le troisième livre du Code italien, surtout en ce qui touche les successions, en est certainement la partie la plus remarquable; et sur beaucoup de points nous n'aurons un jour rien de mieux à faire qu'à accepter purement et simplement certaines dispositions insérées dans la loi italienne.

II. Nous allons tout d'abord, négligeant le titre premier relatif à l'occupation, examiner la théorie admise par les Italiens en matière de dévolution des successions.

« L'ordre des successions, dit Montesquieu, dépend des principes du droit politique ou civil et non pas des principes du droit naturel... L'ordre politique ou civil demande souvent que les enfants succèdent aux pères ; mais il ne l'exige pas toujours... Maxime générale : nourrir ses enfants est une obligation de droit naturel ; leur donner sa succession est une obligation du droit civil ou politique... [1]. »

Cette doctrine a évidemment inspiré dans une certaine mesure les rédacteurs de notre Code Napoléon :

« Il y a quatre objets principaux dans tout Code de lois, disait Maleville, qui ne peuvent pas être réglés par les seuls principes de la justice ordinaire, et dont les bases doivent nécessairement être coordonnées à la forme du gouvernement de la nation pour laquelle le Code se fait ; ces objets sont : la puissance paternelle, le contrat de mariage, les successions et les testaments [2]. » Il aurait mieux valu dire tout de suite et d'un seul mot, que l'organisation de la famille devait être subordonnée à la forme du gouvernement et aux

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. 11.
[2] *Analyse raisonnée du Code civil*, t. II, p. 162.

vues politiques du Souverain, car le mariage, l'autorité paternelle et les successions ne représentent dans leur ensemble autre chose que la vie même de la famille dont ils expriment les phases diverses. Mais alors la brutalité de la formule en aurait rendu la fausseté évidente.

Il n'y a rien, en effet, de plus erroné que le point de vue de Montesquieu.

Ce point de vue ne pourrait être adopté que dans un pays où l'organisation de la famille repose sur des bases exclusivement politiques. Il en fut ainsi dans le vieux droit romain, où la famille était remplacée par une espèce d'agrégation *agnatique*, militairement gouvernée par un chef investi, à ce titre, d'une magistrature civile. Voilà pourquoi, dans le principe, la succession testamentaire fut inconnue à Rome. La loi qui avait créé et réglé les rapports du chef avec ses subordonnés avait pareillement réglementé la dévolution des biens après le décès du chef. Aussi, lorsque le droit de tester fut reconnu, il dut s'exercer d'abord au moyen de l'intervention du pouvoir législatif, *calatis comitiis*, car il fallait une loi particulière pour déroger à la loi générale. Il est vrai que l'intervention des comices finit bientôt par n'avoir plus d'autre but que d'*authentiquer*, en quelque sorte, la volonté du testateur; mais cela n'empêche pas que la raison initiale de cette intervention ne doive être cherchée dans le point de vue qui vient d'être indiqué.

La vérité est que le droit de succession se lie intimement à la constitution de la famille; il est une condition essentielle de l'existence de la famille, et réciproquement sans la famille on ne comprendrait pas le droit de succession.

Or, l'existence de la famille et sa forme juridique devant

être indépendantes de l'organisation politique des sociétés, ce qui n'a plus besoin aujourd'hui d'être démontré, il suit de là que le droit de succession doit être pareillement indépendant du caractère du gouvernement et de la volonté arbitraire du législateur.

Le législateur ne doit intervenir que pour la réglementation des détails, établir des limites, fixer des chiffres, imposer des délais, etc. ; seulement, les questions de chiffres et de limites ont ici une importance particulière, et le législateur peut dans une certaine mesure s'inspirer de considérations politiques pour leur donner une solution convenable. Mais quant au principe même de la dévolution des biens, il ne saurait appartenir au législateur de le méconnaître ou de l'altérer, et de régler les successions d'après des idées préconçues, d'après tel ou tel système politique ou religieux. C'est toujours dans l'ordre des affections présumées du défunt que les biens doivent être dévolus; ce qui revient à dire que c'est toujours la succession testamentaire qui doit prévaloir, et que celui qui meurt sans testament personnel, laisse néanmoins un testament écrit pour lui dans la loi [1].

[1] « Ce principe n'est pas nouveau, dit M. Gide ; les rédacteurs du Code Napoléon ne l'avaient-ils pas déjà proclamé hautement, et ne l'avaient-ils pas emprunté eux-mêmes à la législation du Bas-Empire ? Sans doute ; mais il faut bien convenir que, tout en rendant hommage à ce principe de raison et d'équité, nos législateurs en ont trop souvent méconnu les conséquences. S'ils voulaient, en effet, prendre pour règle les affections présumées du défunt, pourquoi alors, partageant l'héritage entre les lignes paternelle et maternelle, en ravir la moitié au père et à la mère pour en gratifier des cousins éloignés ? Pourquoi refuser aux enfants naturels le titre et les prérogatives d'héritiers légitimes, qu'on accordait généreusement aux cousins du douzième degré ? Pourquoi surtout reléguer le conjoint survivant au dernier rang ?... » *Loc. cit.*, p. 21.

Ces principes ont été ceux des rédacteurs du Code italien. Les paroles prononcées à ce sujet par le rapporteur de la commission du Sénat, M. Vacca, en font foi. « Si la succession testamentaire est l'affirmation la plus énergique du droit de propriété, disait en effet M. Vacca, la succession légitime doit avoir pour base l'intention présumée du défunt, et la loi doit s'attacher à concilier cette intention présumée avec l'intérêt général de la société... Aussi, ajoute-t-il, le projet de Code a adopté une situation moyenne entre la tradition romaine qui exagérait les pouvoirs du testateur, et le système français qui lui impose souvent de trop grandes restrictions [1]. » Cependant la rédaction des articles 721 et 722 qui se trouvent en tête du chapitre relatif aux successions légitimes, serait de nature à faire croire que le système français a été suivi en entier :

« *La loi*, dit l'article 721, défère la succession aux divers héritiers légitimes dans l'ordre ci-après établi, et à leur défaut à l'État. »

« *La loi*, dit l'article 722, ne considère pour régler la succession que la proximité de la parenté, et n'a égard ni à la prérogative de la ligne, ni à l'origine des biens, excepté dans les cas et suivant le mode spécialement prévus par la loi. »

Le Code italien s'exprime donc comme le font les articles 723 et 732 du Code Napoléon. Il semble reconnaître à la loi une puissance d'attribution qui lui serait propre, et cependant il est certain que les doctrines dont Maleville

[1] Rapport de M. Vacca sur le IIIe livre, dans les procès-verbaux officiels, p. 2.

était l'écho, ont été répudiées par les juristes de la Péninsule [1].

La loi italienne s'est encore écartée des idées françaises à un autre point de vue. Selon les principes de notre Code, la succession légitime prévaut sur la succession testamentaire, en ce sens que par testament on peut seulement faire des legs, mais non attribuer la qualité légale d'héritier. Aussi les règles concernant la dévolution des biens par testament sont-elles insérées dans les titres relatifs aux dispositions gratuites subdivisées en donation entre-vifs et testament. Il suit encore de là que les règles concernant l'ouverture des successions, leur acceptation ou répudiation, la transmission de la possession sur la tête des héritiers, le partage des biens héréditaires, le payement des dettes, etc., font partie intégrante de la théorie des successions légitimes, mais sont applicables seulement par analogie aux successions testamentaires. De plus, et en règle générale, la saisine ou transfert de la possession n'existe qu'au profit des héritiers légitimes. Le Code italien a préféré suivre les traditions romaines, d'après lesquelles les héritiers testamentaires sont placés absolument sur la même ligne que les héritiers légitimes, et soumis aux mêmes règles.

Par conséquent il est inutile de rechercher, dans un tel système, laquelle des deux successions, légitime ou testa-

[1] Voy., sur le principe qui sert de base à la dévolution des successions, le traité de M. Buniva dont nous avons déjà parlé, *Delle successioni legitime e testamentarie*, p. 15 et suiv. — M. Buniva critique avec raison certaines inexactitudes d'expression : ainsi, dit-il, l'article 720 déclare que la *succession* est dévolue par l'effet de la loi ou par testament... C'est l'*hérédité* qui est l'objet transmis, la *succession* exprime seulement le mode de transmission, p. 6.

mentaire, doit l'emporter et prévaloir sur l'autre. Une telle recherche ne peut en effet présenter de l'intérêt que dans une législation admettant des différences juridiques entre celui qui représente un défunt comme héritier légitime et celui qui le représente comme héritier testamentaire. Il fallait bien cependant décider non pas laquelle des deux successions devrait être considérée comme l'emportant sur l'autre, mais quels étaient les successeurs qui seraient préférés aux autres, leur condition étant d'ailleurs toujours la même. C'est uniquement dans ce but que l'article 720 dispose : *Il n'y aura lieu à la succession légitime qu'à défaut de succession testamentaire.*

Il semble résulter, de là, que dans l'ordre logique des matières réglées par le nouveau Code, il eût d'abord fallu placer la succession testamentaire et en second lieu seulement la succession légitime. C'est le contraire qui a eu lieu, par l'effet de considérations plus spécieuses que fondées [1].

Nous suivrons donc le même ordre, et nous nous occuperons d'abord des successions légitimes, ensuite des successions testamentaires.

III. Les questions de capacité devaient tout d'abord solliciter l'attention du législateur. De même que le Code Napoléon, le Code italien n'admet qu'un seul cas d'incapacité relative de succéder, le cas d'indignité du successible ; il est vrai que l'article 724 du Code italien, reproduisant l'article 725 de notre Code, déclare *incapable* de succéder : 1° Celui qui n'est pas encore conçu ; 2° celui qui n'est pas

[1] Voy. Buniva, *loc. cit.*, p. 8 et 9.

né viable. Mais ces textes ont eu tort d'employer l'expression *incapable*. Il ne s'agit pas en effet ici d'une question de *capacité*. La capacité ou l'incapacité supposent l'existence ; *prius est esse quam esse tale*. Il s'agit seulement ici d'une question de *vocation* à l'hérédité ; et c'est ainsi que la loi des XII Tables avait envisagé la situation. Julien nous dit en effet que l'individu (existant maintenant) qui n'existait pas encore au décès du *de cujus* ne peut hériter : *Quia lex XII tabularum eum* VOCAT *ad hæreditatem qui, moriente eo de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit* [1]. La vraie raison de la loi ne doit donc pas être cherchée dans une prétendue incapacité qui n'existe pas, et ne peut pas exister, mais bien dans cette circonstance qu'il ne peut y avoir d'affection présumée pour qui n'existe pas encore.

Les condamnations à des peines perpétuelles n'entraînent aucune incapacité de succéder, d'abord parce que le Code ne contient à cet égard aucune disposition ; en second lieu, parce qu'une loi transitoire du 3 novembre 1865, article 5, a décidé que, jusqu'à la promulgation d'un Code pénal unique pour toute l'Italie, les condamnations à des peines perpétuelles emporteraient seulement la dégradation civique et l'interdiction légale. Il se pourrait donc que le nouveau Code pénal édictât contre les condamnés une incapacité totale ou partielle de succéder [2].

[1] L. 6, D. *De suis et legitim. hæred.* — Il convient de remarquer qu'il y a impossibilité logique à parler de *celui* qui n'a jamais existé; il ne peut être question que de celui *qui existe*, mais qui n'existait pas à un moment donné.

[2] Il paraît que le nouveau Code pénal italien serait déjà promulgué sans les difficultés soulevées par la question de la peine de mort.

Quant aux étrangers, il ne pouvait être question de les déclarer incapables de succéder, puisque déjà l'article 3 les avait admis à la pleine jouissance des droits civils. Cependant la commission sénatoriale avait proposé une disposition qui reproduisait l'article 2 de notre loi du 14 juillet 1819 ainsi conçu : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. » Mais la commission législative ne voulut pas admettre une décision aussi manifestement contraire aux principes libéraux du nouveau Code, et tendant à reproduire les vieilles idées de *réciprocité*.

Enfin le Code italien n'a pas davantage voulu reproduire les dispositions du Code albertin qui, reconnaissant le vœu de pauvreté, déclarait incapables de succéder ceux qui avaient fait des vœux de cette nature. Il n'y a rien là qui doive nous surprendre ; et nous ne parlerions pas d'un fait aussi naturel, si, il y a quelques années, un citoyen, animé d'ailleurs des meilleures intentions, n'avait sérieusement demandé, par une pétition adressée au Sénat français, que les religieux fussent déclarés incapables de recevoir par succession. Le pétitionnaire était effrayé par le développement singulier que les congrégations religieuses ont pris en France dans ces dernières années ; en outre il était scandalisé par les innombrables procès dont les libéralités faites aux membres de ces congrégations sont tous les jours la cause ; enfin il lui semblait que la reconstitution d'un domaine considérable au profit des congrégations religieuses était de nature à éveiller

les convoitises socialistes, et il voyait là un danger permanent pour l'ordre politique et social. Que serait-il arrivé, si l'on avait frappé d'incapacité les religieux ayant fait vœu de pauvreté? C'est qu'à chaque instant on aurait vu d'anciens religieux, ayant abandonné réellement ou fictivement leur ordre, réclamer leurs droits héréditaires, alléguant la nullité d'un vœu imposé par la violence, ou surpris par la ruse. Les demandes en *réintégration au siècle*, comme on disait autrefois, n'auraient pas manqué de se produire ; et, à peine de tomber dans l'absurde et l'arbitraire, il aurait fallu reconstituer des tribunaux ecclésiastiques, seuls compétents pour juger sérieusement des questions de cette nature. Aussi, nul doute que les congrégations religieuses, consultées sur la question soulevée par le pétitionnaire, n'eussent appuyé de toutes leurs forces une proposition aussi favorable au retour du passé. La pétition dont nous parlons émanait, il faut le remarquer, d'un *libéral* peu sympathique aux congrégations religieuses ; elle fut écartée avec indignation par des hommes qui se piquent essentiellement de favoriser ces mêmes congrégations !... ainsi procède souvent l'intelligence humaine.

Il résulte donc de tout ce qui précède qu'il n'y a plus en droit italien, comme nous l'avons déjà remarqué, qu'un seul cas d'incapacité, d'ailleurs purement relative, de succéder. Nous voulons parler de l'indignité.

IV. Mais la théorie de l'indignité a été considérablement amendée.

« Sont indignes de succéder, dit l'article 725 :

« 1° Celui qui aura volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ;

« 2° Celui qui l'aura accusé d'un fait punissable d'une

peine criminelle, lorsque l'accusation aura été déclarée en justice calomnieuse ;

« 3° Celui qui aura contraint le défunt à faire ou à changer un testament ;

« 4° Celui qui aura empêché le défunt de faire un testament ou de révoquer un testament déjà fait, ou qui aura supprimé, célé ou altéré le testament fait en dernier lieu. »

Nous remarquerons d'abord que la loi italienne admet certaines causes d'indignité que n'admet pas la loi française. Dans tous les cas où une personne porte atteinte à la liberté de tester de celui dont elle est le successible, ou qu'elle s'efforce de détruire la preuve de sa dernière volonté, elle est déclarée indigne. Rien de plus efficace qu'une telle disposition, dont la portée préventive n'a pas besoin d'être mise en relief.

« Mais, objecte M. Boissonade, cette disposition ne semble-t-elle pas méconnaître le principe d'équité que les peines doivent être proportionnées à la faute ? Certes celui qui a contraint le défunt à faire ou à changer un testament, celui qui l'a empêché de tester ou de révoquer un testament, ayant voulu usurper un droit héréditaire ou améliorer le droit qu'ils avaient déjà, doivent être punis justement par une privation de ces mêmes biens qu'ils ont odieusement convoités ; mais fallait-il leur infliger, à cet égard, la même peine pécuniaire qu'à celui qui a donné la mort au défunt ? C'est pourtant ce que fait la loi italienne [1]. » La justesse de cette observation ne pourrait pas être contestée, s'il était vrai que l'indignité eût un caractère *pénal ;* mais il n'en

[1] *Loc. cit.*, p. 10.

est pas ainsi. L'indignité, en droit moderne, n'est rien autre chose qu'une *exclusion* dérivant de la volonté présumée du *de cujus* [1]. Enfin, même à Rome, où l'indignité avait un caractère pénal, elle était encourue par ceux qui avaient porté atteinte au droit de tester d'un citoyen, ainsi que le prouve le titre du Digeste : *Si quis aliquem testari prohibuerit.*

En second lieu, nous voyons qu'il suffit, pour encourir l'indignité, d'avoir donné ou tenté de donner la mort. Il n'est pas nécessaire, comme sous le Code Napoléon, d'avoir été *condamné*... (Voy. art. 727). Cette modification doit encore être approuvée. En effet, d'après les principes du droit français, le meurtrier qui décéderait, ne serait-ce qu'un instant de raison, avant la prononciation de l'arrêt de condamnation, par conséquent après la réponse affirmative du jury, mourrait en pleine capacité, investi de la qualité d'héritier, et transmettrait à ses propres enfants l'héritage de la victime. Ce résultat est immoral. De plus, la nécessité d'une condamnation est encore fâcheuse à un autre point de vue, puisqu'elle crée pour le meurtrier un intérêt à se suicider

[1] L'influence des doctrines romaines doit être soigneusement écartée en cette matière, et c'est bien à tort qu'on invoque aujourd'hui encore, au sujet de l'indignité, quelques textes tirés du titre IX, livre 34, Dig. *De his quæ ut indignis auferuntur.* En droit romain l'indignité était véritablement une peine et tournait au profit du fisc; elle avait trait uniquement à la conservation des biens. Aussi l'héritier déclaré indigne n'en demeurait pas moins héritier. — Donc, s'il avait des cohéritiers, sa part ne leur était pas attribuée par droit d'accroissement, elle appartenait au fisc; s'il était seul héritier, l'hérédité n'était pas dévolue aux parents du degré subséquent, mais appartenait au fisc. — Comme il demeurait héritier, les effets de la confusion étaient maintenus contre lui, le testament était également maintenu, et par conséquent les legs et affranchissements produisaient leur effet.

avant la condamnation. Il ne faudrait cependant pas se méprendre sur la portée de la modification admise par le Code italien. Le système français a pour base cette idée que l'homicide ne peut être une cause d'indignité que lorsqu'il est judiciairement prouvé par une condamnation. Il suit de là que l'action en déclaration d'indignité dure pendant trente ans. Dans le système italien, il en sera autrement si l'on admet la doctrine si rationnelle qui ne permet pas de faire constater au civil un fait qui constituerait un crime mis à couvert de l'action publique par la prescription. Il pourra donc arriver que l'action en déclaration d'indignité devienne irrecevable par l'effet d'une prescription qui s'accomplirait peu de temps après le décès du *de cujus*. Or il convient de remarquer que, dans la même hypothèse, l'action en déclaration d'indignité ne pourrait pas être exercée en droit français, parce qu'il n'y aurait pas eu condamnation.

Enfin, la loi italienne a rejeté avec raison la troisième cause d'indignité admise par l'article 727-3°, résultant de ce que l'héritier majeur instruit du meurtre du défunt ne l'aurait pas dénoncé à la justice.

Cette disposition du Code Napoléon est en effet regrettable ; d'abord elle peut pousser l'héritier qui aura peur d'encourir l'indignité à faire des dénonciations inconsidérées. En second lieu, comme on ne pouvait imposer à l'héritier l'obligation de dénoncer un meurtre qui aurait été commis par un de ses proches, l'article 728 l'a dispensé, pour ce cas, de la dénonciation ; mais l'application de cet article peut conduire, on le [illegible] résultats vraiment inacceptables.

Nous avo[illegible] italienne a fondé le droit de succession [illegible] défunt ; c'est d'après ce

point de vue qu'elle a écarté de la succession, comme indignes, ceux que le défunt aurait probablement écartés lui-même. Pour être conséquent, il fallait décider que le *de cujus* pouvait, par un acte de sa volonté, relever un successible de l'indignité par lui encourue. Dès lors, il a été inséré une disposition nouvelle ainsi conçue : « Article 726. Celui qui a encouru l'indignité peut être admis à succéder lorsque le *de cujus* l'aura expressément réhabilité par acte authentique ou par testament. » Enfin l'article 728 déclare que l'indignité d'un ascendant ne peut jamais nuire à ses descendants, que ceux-ci viennent à la succession de leur chef ou par représentation... L'article 730 de notre Code civil fait, au contraire, une distinction, et déclare exclus par la faute de leur père les enfants de l'indigne venant par représentation. Il est certain que cette distinction n'est pas juste ; il est tout à fait légitime et juridique d'admettre que la volonté présumée du défunt a voulu atténuer en faveur des enfants de l'indigne les conséquences rigoureuses de la représentation.

Nous voyons donc que, malgré la nature de l'indignité dont le caractère en apparence pénal aurait pu entraîner à exagérer le pouvoir de la loi, les rédacteurs du Code italien ont voulu ne pas s'écarter de la base si rationnelle de la volonté probable du *de cujus*. Mais c'est surtout dans la détermination des divers ordres de succession qu'ils se sont efforcés de bien pénétrer cette volonté, et nous pouvons dire qu'ils y ont admirablement réussi. Les hommes vraiment distingués, les jurisconsultes patriotes qui ont eu l'honneur de concourir à l'unification législative de l'Italie peuvent se rendre le témoignage d'avoir doté leur pays d'une loi sur les

successions la plus parfaite qui existe, alors qu'auparavant, sur plusieurs points de la Péninsule, la législation en vigueur était souillée par le privilége et le droit d'exhérédation.

V. La loi appelle en premier lieu les enfants à la succession de leurs auteurs (art. 736).

A défaut d'enfants, de frères ou sœurs ou de descendants d'eux, la succession est dévolue pour égale part au père et à la mère ou, pour le tout, à celui des deux qui a survécu (art. 738).

Dans cette dernière hypothèse, la loi française divise la succession entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, et admet en concours, avec le père ou la mère survivant, les parents de l'autre ligne. Cette division en deux lignes a déjà été énergiquement critiquée, et avec raison, par plusieurs jurisconsultes. M. Rodière, notamment, dans un travail lu à l'Académie de législation [1], a démontré tout ce qu'il y avait d'étrange dans un système qui faisait concourir avec le père ou la mère le parent le plus éloigné de l'autre ligne, dont peut-être le défunt n'avait jamais aperçu le visage ni entendu prononcer le nom !... Plus récemment, M. Batbie a fait entendre la même plainte : « Quel outrage à la nature, s'écrie-t-il ; des parents inconnus sont préférés pour la moitié de la succession au père et à la mère. L'ancienne maxime : *paterna paternis*, *materna maternis* était bien plus équitable. Elle avait pour résultat de faire retourner les biens au lieu d'où ils venaient et de déférer la succession suivant l'origine des biens. Il n'y avait rien d'extraordinaire à pré-

[1] *Changements à introduire dans l'ordre des successions*, Recueil de l'Académie de législation, année 1856, t. V, p. 132.

férer les parents plus éloignés d'une ligne aux parents plus rapprochés de l'autre, parce que, dans ce système, la succession était une espèce de retour. Notre Code, au contraire, ne distingue pas les biens d'après leur provenance. Alors même que tous les biens viendraient d'une seule ligne, la fente aurait lieu. Il pourrait donc se faire que le parent le plus proche dans une ligne d'où viennent tous les biens de la succession fût exclu de la moitié de ces biens par un parent très-éloigné de l'autre ligne qui n'a rien fourni [1]. »

On voit que, sur ce point, le Code italien donne satisfaction aux justes demandes de MM. Rodière et Batbie, et que le père ou la mère survivant excluent dans l'autre ligne tous les collatéraux, autres que les frères et sœurs ou descendants d'eux.

VI. Maintenant, comment fallait-il régler le concours des père et mère ou de l'un d'eux avec les frères ou sœurs du défunt ? Dans ce cas la loi française accorde invariablement aux frères et sœurs la moitié de la succession si le père et la mère ont ensemble survécu, et les trois quarts dans le cas de survie de l'un des deux seulement.

Cette division peut présenter quelques inconvénients lorsque le nombre des frères et sœurs est assez considérable ; le dividende de la moitié ou des trois quarts qui reviendra à chacun pourra être assez mesquin ; d'un autre côté, si le père ou la mère a seul survécu et se trouve en concours avec un frère unique, on pourrait trouver un peu réduite la part de l'auteur survivant qui sera d'un quart, alors que le frère recevra les trois quarts. Pour obvier à ces inconvé-

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 106.

nients, la loi italienne décide que l'auteur ou les auteurs survivants et les frères et sœurs viendront tous à la succession par tête, de manière cependant que l'auteur ou les auteurs survivants aient au moins le tiers de la succession.

Mais, dit M. Rodière en parlant du Code Napoléon, « la loi a eu tort de ne faire concourir avec les frères et sœurs que le père et la mère ; elle aurait dû, à défaut du père et de la mère, faire concourir aussi les ascendants plus éloignés en leur accordant tout au moins un droit d'usufruit [1]. »

Les rédacteurs du Code italien ont pensé comme M. Rodière, et se sont montrés encore plus généreux envers les grands-parents :

« La portion qui reviendrait aux père et mère survivants, dit l'article 740, § 4, est à leur défaut attribuée aux autres ascendants. »

VII. A défaut d'enfants, des père et mère, des frères et sœurs ou descendants d'eux, la succession est attribuée pour moitié aux ascendants de la ligne paternelle et pour moitié aux ascendants de la ligne maternelle, sans avoir égard à 'origine des biens. Mais si les ascendants ne sont pas aul même degré, l'hérédité est dévolue au plus proche, sans distinction de ligne (art. 739). Nous reviendrons bientôt sur cette disposition.

A défaut d'enfants et d'ascendants, la succession est dévolue aux frères et sœurs ou descendants d'eux (art. 741).

Enfin, à défaut d'enfants, d'ascendants, de frères et sœurs et descendants d'eux, la succession est attribuée au colla-

[1] *Recueil de l'Académie de législation, loc. cit.*, p. 129.

téral le plus proche, sans distinction entre les deux lignes : les parents au delà du dixième degré ne succèdent pas (art. 742).

Les divers ordres de succession fondés sur la parenté légitime peuvent donc être classés de la manière suivante :

1° Les descendants ;

2° Les père et mère seuls, ou en concours avec les frères et sœurs ;

3° Les autres ascendants seuls ou en concours avec les frères et sœurs ;

4° Les frères et sœurs seuls ;

5° Les collatéraux ordinaires.

VIII. Maintenant fallait-il conserver le système de fente entre la ligne paternelle et la ligne maternelle de manière à ce que les héritiers d'une classe inférieure fussent admis à concourir avec des héritiers d'une classe supérieure, mais pris dans une autre ligne ? La négative nous paraît évidente, et nous croyons pouvoir démontrer qu'il vaut mieux revenir à cet égard aux principes du droit romain conservés dans les pays de droit écrit.

« Le droit écrit, dit M. Demolombe, avait sans doute sur le droit coutumier un grand avantage, c'est qu'il ne recherchait ni la nature ni l'origine des biens, recherches difficiles et dispendieuses. Mais, en revanche, lorsqu'il déférait la succession au parent le plus proche, sans distinction de ligne, il avait le grand inconvénient de donner tout aux uns et rien aux autres, et fort souvent d'enrichir ainsi une seule ligne

de parenté des biens qui provenaient exclusivement de l'autre ligne [1]. »

Le fait signalé est exact, mais il n'a rien d'illégitime en soi. Lorsqu'un individu meurt sans descendants, ni père ni mère, ni frères ni sœurs, nous ne voyons pas pourquoi sa succession ne serait pas dévolue au plus proche des ascendants ou au plus proche des collatéraux. Mais il pourra arriver, dit-on, que tous les biens d'une ligne passent ainsi dans une autre ? Cela est possible, mais il n'y a pas lieu de s'en occuper, car « la loi, dit l'article 732, ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession. » Aussi n'est-ce pas le désir d'éviter cette dévolution des biens d'une ligne à l'autre qui a fait conserver par le Code Napoléon la division entre les lignes paternelle et maternelle. Le véritable motif était de seconder l'esprit du temps qui, selon l'énergique expression de Maleville, était d'assurer le *morcellement éternel des héritages*... Voilà pourquoi notre Code a conservé le malheureux système des *fentes*... Nous tenons aussi beaucoup au morcellement de la propriété ; mais néanmoins, dans une matière qui doit être surtout dominée par la recherche de l'affection probable du défunt, nous ne pensons pas qu'il soit légitime de se laisser déterminer par une considération purement politique et utilitaire. Aussi, mieux inspiré à tous les points de vue, le Code italien a compris que, en tenant compte des affections présumées du défunt, il fallait attribuer la succession au plus proche des collatéraux qui exclurait ainsi tous les autres.

Mais le Code italien est allé plus loin encore, et a pareille-

[1] *Des successions*, t. I, nº 364, p. 468.

ment repoussé toute division lorsque la succession est déférée à des ascendants. Nous avons vu, en effet, que dans ce cas l'hérédité est attribuée pour moitié aux ascendants de la ligne paternelle, et pour moitié aux ascendants de la ligne maternelle, mais que, si tous ces ascendants ne sont pas au même degré, l'hérédité est attribuée au plus proche sans distinction de ligne (art. 739).

Le Code Napoléon avait au contraire admis la division, c'est-à-dire la *fente* entre la ligne paternelle et la ligne maternelle ; mais il avait formellement repoussé la *refente* (art. 746 C. Nap.). M. Rodière, qui se prononce chaleureusement contre le système des *fentes* lorsqu'il s'agit des collatéraux, préconise au contraire ce système lorsqu'il s'agit des ascendants, et réclame même pour eux l'établissement de la *refente*.

« Pourquoi, dit-il, lorsque le défunt a laissé du même côté, paternel ou maternel, un aïeul et un bisaïeul, mais de lignes différentes, ne pas admettre la subdivision ? Le défunt ne devait-il pas des aliments à l'un et à l'autre ? Celui qui a le plus besoin d'aliments n'est-ce pas même, selon les apparences, celui dont la tête est la plus chauve et qui a vu mourir le plus de générations !.... L'exclusion qui frappe le bisaïeul est donc injuste, et ce peuple héroïque de l'antiquité qui égala les Romains en bravoure et les surpassa en sagesse, le peuple de Lacédémone qui mesurait son respect pour les vieillards au nombre de leurs hivers, l'aurait sans doute trouvée sacrilége et impie [1]. »

D'abord les Lacédémoniens n'auraient guère pu se préoccu-

[1] *Recueil de l'Académie de législation, loc. cit.*, p. 131.

per de la question, puisque leur organisation sociale avait pour base un communisme assez brutal et que le respect officiel dont ils entouraient la vieillesse n'avait que la valeur d'une institution politique. En second lieu, il ne s'agit pas de payer une dette alimentaire dont le principal et le premier créancier serait d'ailleurs l'ascendant le plus proche. Quand le concours s'établit entre deux ascendants appartenant chacun à une ligne différente, et par conséquent tout à fait étrangers l'un à l'autre, il est certain que le défunt n'a jamais vécu à la fois avec tous deux, et son affection doit être présumée avoir, de préférence, choisi le plus proche [1]. L'exactitude de ce point de vue est tellement incontestable, qu'il est reconnu même par ceux qui voudraient maintenir la division entre les deux lignes : « Nous ne méconnaissons pas, dit en effet, M. Boissonade, que si le droit de succession légitime doit être fondé par la loi sur l'affection probable du défunt pour ses divers parents, la division entre les lignes est illogique : l'affection, en effet, se partage bien entre les enfants et les frères ou sœurs, mais elle ne se divise pas également entre les lignes ; au contraire, elle se concentre en général sur le degré le plus proche. Mais est-ce bien là le seul fondement du droit de succession ? Le législateur moderne n'a-t-il pas voulu apporter un correctif à l'abolition de l'ancienne règle *Paterna paternis, materna maternis*, quand il a réparti les biens du défunt par portions égales entre les deux lignes ? C'est justement, selon nous, parce qu'il ne voulait pas qu'on recherchât désormais l'origine des biens pour en régler la succession, qu'il a pu supposer que ces biens

[1] Voy. Buniva, *loc. cit.*, p. 63, note 1.

étaient venus au défunt des deux lignes également. — Le système qui n'admet que l'affection présumée, comme principe de la dévolution des biens *ab intestat*, amènerait une autre conséquence tout aussi nécessaire, et devant laquelle on reculerait certainement, ce serait la limitation du droit héréditaire, non pas au douzième degré, comme dans notre Code, ni au dixième, comme dans le Code italien, mais au sixième comme on l'a proposé chez nous en 1848 ; car nous ne croyons pas qu'il y ait beaucoup d'affection entre cousins au delà du sixième degré : d'ailleurs, dans ce système, un testament serait toujours, pour chacun, un moyen bien facile de démentir cette présomption d'indifférence. Pour nous, au contraire, le droit de succession poussé jusqu'au douzième degré entre parents qui souvent ne se sont pas connus, est un éclatant hommage rendu au lien de famille [1]. » Ainsi donc on ne pourrait admettre le système de la fente et surtout de la refente, qu'à la condition de tendre uniquement vers le *morcellement éternel* des héritages dont parlait Maleville, ou vers le rétablissement d'institutions vieillies fondées sur l'idée de copropriété de famille, et de méconnaître, pour atteindre ce but, l'ordre naturel des affections. Aussi admettrions-nous tout au plus une attribution en usufruit au profit des ascendants qui seraient exclus par le plus proche.

IX. Nous avons encore une remarque à faire touchant la situation des frères consanguins et utérins. Cette situation nous paraît plus équitablement réglée dans le Code italien que dans le Code Napoléon. En effet, il n'est pas non plus question, à leur égard, de partage entre les lignes paternelle

[1] *Loc. cit.*

et maternelle, partage qui a pour effet d'attribuer aux frères germains une quotité évidemment trop forte, comparée à celle que peuvent recueillir les utérins ou consanguins, en troublant de la manière la plus arbitraire l'égalité qui doit cependant exister entre les utérins et les consanguins. Supposons en effet que soient appelés à la même succession un frère germain, un frère consanguin et deux frères utérins ; le consanguin, qui se trouvera seul dans sa ligne en concours avec le germain, prendra une part plus forte que celle revenant aux deux utérins. Supposons le cas inverse ; c'est l'utérin qui recevra plus que les deux consanguins. Aussi la loi décide-t-elle avec raison que dans toutes les hypothèses où les frères seulement consanguins ou utérins peuvent participer à une succession, ils n'auront jamais droit qu'à la moitié de la portion qui leur reviendrait s'ils étaient germains (art. 740, § 2).

X. Le Code italien limite la successibilité au dixième degré de parenté. Le projet présenté au Sénat l'arrêtait au neuvième, et nous pensons avec M. Rodière [1] qu'on aurait pu sans inconvénient fixer le huitième degré comme l'extrême limite du droit de succéder. Il est certain, en effet, qu'après un certain nombre de générations, les liens du sang sont bien relâchés et qu'il est impossible de parler d'affection présumée.

Enfin, il convient de remarquer que le droit de *retour légal successoral*, ou succession *anomale* réglée par notre article 747, a tout à fait disparu du nouveau Code. Un tel droit ne repose en effet sur aucun motif juridique bien caracté-

[1] *Loc. cit.*

risé, si ce n'est une réserve implicite de la part de l'ascendant donateur; il n'y avait donc pas lieu de lui attribuer un caractère successoral. Le donateur ayant d'ailleurs la faculté de stipuler le droit de retour, il n'y avait pas lieu de le dispenser d'user de cette faculté. De plus il n'est pas conforme aux principes de la science de transporter dans la matière des successions ce qui rentre manifestement dans celle des conventions.

M. Curcio, à propos de cette suppression du retour légal, critique fortement les règles des articles 730 et 731 reproduisant les articles 740 et 741 de notre Code, d'après lesquels la représentation a lieu à l'infini en ligne descendante alors qu'elle n'a pas lieu en faveur des ascendants. Cet écrivain trouve peu juridique qu'on ait établi un rapport du descendant à l'ascendant autre que celui de l'ascendant au descendant. Il est absurde, dit-il, qu'un ascendant soit condamné à voir tous ses biens passer entre les mains de quelqu'un qu'il connaît à peine, et cela par l'intermédiaire d'un arrière-petit-enfant donataire prématurément décédé. Chose qui n'arriverait pas si la représentation était admise en ligne ascendante [1]. Cela est vrai ; mais le remède est dans la faculté de stipuler le droit de retour. Quant à la représentation, elle ne peut pas être admise en ligne ascendante, parce que l'affection ne remonte pas.

XI. Voilà comment la loi italienne a réglé la dévolution de la succession aux parents légitimes, et il est remarquable que sur presque tous les points ses décisions se sont trouvées conformes aux vœux émis par des jurisconsultes dont nous

[1] *Loc. cit.*, p. 20,21.

aimons toujours à citer les paroles. M. Batbie résumait ainsi les idées par lui émises sur cette matière :

« Suivant moi, pour suivre l'ordre probable des affections, il faudrait s'arrêter aux dispositions suivantes :

« 1° Supprimer la distinction entre les héritiers réguliers et irréguliers ;

« 2° Supprimer la fente entre les lignes paternelle et maternelle ;

« 3° Après la première classe d'héritiers, qui resterait composée des enfants et descendants, la succession serait déférée à la seconde classe composée des père et mère ou autres ascendants en concours avec le conjoint survivant. Viendraient ensuite les collatéraux suivant le rapprochement de leur degré de parenté [1]. »

Nous allons voir que le Code italien a pareillement jugé qu'il fallait supprimer toute distinction entre les héritiers réguliers et irréguliers, et que dans toutes les hypothèses il a assuré au conjoint survivant une position honorable.

§ 2.

I. Vocation à une part héréditaire de l'enfant naturel reconnu en concours, avec des enfants légitimes du défunt, ou ses ascendants ou son conjoint.
II. L'enfant naturel reconnu exclut les collatéraux.
III. Succession de l'enfant naturel.
IV. Droits du conjoint survivant.
V. Vocation de l'Etat.

I. Dans le Code Napoléon l'enfant naturel reconnu et le conjoint survivant ne sont admis à participer à la succession

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 107.

qu'au titre d'héritiers irréguliers, c'est-à-dire après les collatéraux au douzième degré. Tout le monde est d'accord pour considérer ces dispositions comme méconnaissant les affections les plus certaines du défunt. Aussi le Code italien a-t-il admis que l'enfant naturel et le conjoint survivant seraient préférés aux collatéraux, mais il n'a pas voulu, et avec raison, faire aux enfants naturels une condition égale à celle des enfants légitimes. Sans doute les enfants naturels ne sont pas responsables du vice de leur naissance; il est de principe que les fautes des parents ne doivent pas rejaillir sur leurs enfants. Mais, selon la réflexion fort juste de M. Buniva [1], cela prouve seulement qu'il y aurait injustice dans la loi qui leur accorderait uniquement des aliments, quand même ils se trouveraient en concours avec des enfants légitimes, que dès lors il faut leur accorder une part dans l'hérédité de leurs auteurs, cela ne prouve pas du tout que cette part doive être égale à celle des enfants légitimes.

Voyons donc comment ont été fixés les droits de l'enfant naturel reconnu.

« Art. 744. Si les enfants naturels reconnus concourent avec des enfants légitimes ou descendants d'eux, ils ont droit à la moitié de la portion qui leur reviendrait s'ils étaient légitimes. »

Le Code Napoléon ne leur accorde que le tiers. « Cette part nous semble bien mince, disait avec raison M. Rodière, et sans ternir en rien l'honneur si respectable du lit conjugal, on aurait pu l'augmenter un peu et la porter à la moitié

[1] *Loc. cit.*, p. 73.

de ce que l'enfant aurait eu, si la légitimité avait décoré son berceau [2]. »

Lorsque le père de l'enfant naturel n'a pas laissé de descendance légitime, mais son père et sa mère, ou l'un des deux, ou un autre ascendant, ou même son conjoint, les enfants naturels recueillent les deux tiers de l'hérédité, l'autre tiers est dévolu soit aux ascendants, soit au conjoint survivant. Si les enfants naturels concourent en même temps avec les ascendants et le conjoint survivant, le tiers de l'hérédité est attribué aux ascendants, le quart au conjoint, et le reste aux enfants naturels (art. 745).

Ces derniers doivent d'ailleurs imputer sur la portion qui leur revient tout ce qu'ils ont reçu de leur auteur et qui serait sujet à rapport, sans pouvoir aucunement être dispensés de cette imputation (art. 746).

II. Quand le défunt n'a laissé ni descendants légitimes, ni ascendants, ni son conjoint, l'hérédité appartient tout entière aux enfants naturels (art. 747).

Nous approuvons de tout point cette préférence accordée aux enfants naturels sur tous les collatéraux sans exception; elle est la traduction exacte de l'affection probable du défunt, car il n'est pas de père qui ne préfère ses enfants, même naturels, à tous ses parents collatéraux, quelque rapprochés qu'on les suppose, quand même il s'agirait de frères ou sœurs.

III. Le Code italien s'est occupé dans la même section de la succession de l'enfant naturel lui-même. S'il est décédé

[1] *Recueil de l'Académie, loc. cit.*, p. 135.

sans enfants ni conjoint survivant, sa succession est dévolue en entier à celui de ses auteurs qui l'a reconnu, ou pour moitié au père et à la mère s'il a été reconnu par tous deux (art. 750).

Si, dans la même hypothèse, il a laissé en même temps son conjoint, le conjoint recueille la moitié de la succession, et l'autre moitié est déférée au père et à la mère, ou à celui des deux qui l'a reconnu (art. 751).

La loi italienne se borne aux dispositions que nous venons de reproduire. Il résulte de là :

1° Que les ascendants légitimes des père et mère naturels ne sont jamais appelés à la succession de l'enfant;

2° Que les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel ne lui succèdent pas davantage; qu'ils ne peuvent pas même recueillir les biens advenus à ce dernier du chef de l'auteur commun, quoique le Code Napoléon ait admis cette espèce de retour (ar . 766C.Nap.).

M. Rodière voudrait au contraire que la loi admît les ascendants et les frères et sœurs à recueillir complétement l'hérédité de l'enfant naturel [1]. Mais il nous semble qu'une telle solution irait directement contre la règle, qui consiste à rechercher avant tout l'affection présumée du défunt; qu'elle introduirait une exception peu motivée au principe que le droit de succession doit être réciproque, et qu'enfin elle méconnaîtrait ouvertement cette vérité indivisible, que les effets légaux de la parenté naturelle doivent être rigoureusement limités aux père et mère de l'enfant.

IV. Passons maintenant à l'examen des mesures adoptées

[1] *Recueil de l'Académie de législation, loc. cit.*, p. 136-137.

par la loi italienne en vue de sauvegarder les droits de l'époux survivant.

« Quand le défunt, dit l'article 753, laisse des enfants légitimes, son conjoint survivant a droit à l'usufruit d'une portion héréditaire égale à celle de chaque enfant, en comptant le conjoint lui-même au nombre des enfants. Si des enfants naturels concourent avec les légitimes, l'usufruit du conjoint survivant est d'une portion d'enfant légitime. Cependant cette portion ne pourra, dans aucun cas, dépasser le quart de l'hérédité. »

« S'il n'y a pas d'enfants légitimes, mais des ascendants, ou des enfants naturels, ou des frères ou sœurs ou descendants d'eux, le tiers de l'hérédité est dévolu en toute propriété au conjoint survivant. Néanmoins, si ce dernier concourt en même temps avec des ascendants légitimes et des enfants naturels, il n'a plus droit qu'au quart de l'hérédité (art. 754). »

« Si le défunt n'a laissé que des collatéraux, le conjoint recueille les deux tiers de l'hérédité. Mais si les collatéraux sont au delà du sixième degré, le conjoint recueille l'hérédité entière (art. 755). »

« Le conjoint survivant en concours avec d'autres héritiers, doit imputer sur sa portion héréditaire ce qu'il a acquis par l'effet des conventions matrimoniales et des gains dotaux (art. 756). »

Enfin : « les droits de succession accordés au conjoint survivant sont refusés à celui contre qui le défunt avait obtenu un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée (art. 757). »

Telles sont les mesures vraiment libérales adoptées par la

loi italienne en faveur de celui dont la destinée avait été associée à celle du défunt, et qui a eu la douleur de lui survivre.

On sait que le Code Napoléon présente à cet égard une déplorable lacune ; mais on sait aussi que cette lacune tient à une méprise, et il y aurait mauvais goût, il y aurait surtout injustice à reprocher aux illustres rédacteurs de notre loi civile une inadvertance bien facile à comprendre et bien excusable chez ceux qui ont entrepris de donner une législation nouvelle à un grand peuple [1]. Ce qui est moins facile à comprendre et ce qui est moins excusable, c'est l'inconcevable inertie de tous ceux qui, depuis la promulgation du Code, ont eu l'initiative de la proposition des lois!... Seul, M. Bourzat fit à l'Assemblée législative, en 1850, une proposition tendant au rétablissement de la *quarte pauvre*. Mais les événements ne permirent pas d'y donner suite. Sans doute la mesure proposée par M. Bourzat n'était pas suffisante, mais il sera toujours pour lui infiniment honorable d'avoir songé, au milieu des agitations politiques, qu'il était temps enfin d'accorder une tardive garantie aux droits méconnus de l'époux survivant.

Nous disons que le rétablissement de la *quarte pauvre* n'était pas une mesure suffisante, parce que cette institution, quoique empruntée au Droit romain, rappelait trop l'esprit de l'ancien régime, qui croyait avoir fait tout ce qu'il devait pour l'individu quand il avait organisé l'aumône. Il fallait

[1] M. Buniva reconnaît que le système de la *Communauté* entre époux, qui forme le droit commun en France, atténue dans une certaine mesure les fâcheux effets de l'imperfection de notre loi. *Loc cit.*, p. 87, note 1.

prendre d'autres moyens plus généraux et plus efficaces, car, suivant la juste remarque de M. Rodière, « la loi doit faire leur part aux sentiments de délicatesse, et ne pas faire acheter au conjoint survivant un secours au prix d'une humiliation [1]. »

Aussi, nous devons reconnaître qu'il était difficile d'assurer mieux que ne l'a fait le Code italien, les droits de l'époux, et que les dispositions qu'il contient à cet égard méritent d'être proposées comme modèle [2].

Mais fallait-il restreindre les effets de l'alliance aux seuls conjoints? M. Rodière estime que non; il croit qu'à défaut de parents jusqu'au degré successible, et à défaut de conjoint survivant, les alliés, au moins les alliés en ligne directe, devraient être appelés à la succession [3]... Il paraît difficile de justifier cet aperçu par l'affection présumée du défunt, du moins par ce genre d'affection qui serait susceptible de déterminer de la part du défunt une telle attribution de son hérédité.

V. Enfin, à défaut des diverses personnes appelées à succéder par application des règles qui viennent d'être exposées,

[1] *Recueil de l'Académie de législation*, p. 142, note.

[2] La dernière loi promulguée en France sur le *droit des auteurs* a reconnu à la veuve des *droits successifs* nettement déterminés. C'est un premier pas qu'il importe de signaler vers une complète satisfaction à donner au conjoint survivant. Seulement il est singulier que lorsqu'il s'agit de ce qu'on appelle : la *propriété littéraire*, on parle toujours des droits de la *veuve* et jamais des droits du *veuf*, comme s'il était de règle que les hommes seuls peuvent devenir auteurs.

[3] *Loc. cit.*, p. 143.

la loi italienne comme la loi française défère l'hérédité au domaine de l'État (art. 758).

M. Rodière n'approuve pas le choix de ce successeur. « La vocation de l'État à l'hérédité a, dit-il, l'inconvénient de favoriser la principale utopie socialiste qui consiste à supposer à l'État une sorte de propriété primitive dont la propriété privée ne serait qu'une dérivation... De plus, cette vocation de l'État ne paraît guère conforme à l'intention présumée du défunt... Aussi, ce serait plutôt la commune qui devrait être appelée à recueillir la succession en déshérence [1]. »

M. Curcio adopte la même solution, non pas, dit-il, parce que le droit de succession reconnu à l'État serait une sanction indirecte du *panthéisme politique*, mais parce qu'on ne trouvera personne qui ait dans son cœur la pensée de laisser comme successeur cet *être de raison* qu'on appelle l'*État* [2].

Ces motifs ne paraissent pas suffisants pour faire abandonner les anciennes traditions. Quand le défunt ne laisse ni parents ni conjoint, il ne s'agit plus de rechercher quelles pouvaient être ses affections, car on pourrait lui en supposer de tous les genres sans grand effort d'imagination. Il ne s'agit que de constater un fait : la disparition d'un propriétaire qui ne laisse pas de successeurs ; les biens qu'il a laissés sont désormais sans maître ; les abandonner au premier occupant, ce serait décréter le désordre ; les attribuer à la commune, ce serait une disposition arbitraire qui ne profiterait guère qu'aux grandes cités ; les vrais principes veulent qu'ils

[1] *Recueil de l'Académie de législation*, *loc. cit.*, p. 143, 144, 145.

[2] *Loc. cit.*, p. 20. M. Buniva partage aussi cette opinion. *Loc. cit.*, p. 93.

soient attribués à tout le monde, c'est-à-dire qu'ils entrent en ligne de compte dans les recettes de l'État, et concourent ainsi au dégrèvement des charges publiques. Prétendre qu'une telle décision favorise les utopies socialistes, c'est évidemment céder à une terreur sans motif, car déclarer que les biens vacants et sans maître appartiennent à l'État, ce n'est pas du tout reconnaître à l'État un droit antérieur et supérieur aux droits individuels.

§ 3.

I. Succession testamentaire. — Extension de la capacité de recevoir.
II. De la réserve et de la liberté de tester.
III. Fondement juridique de la réserve.
IV. Objection contre la réserve ; — Réfutation.
V. Avantages de la réserve.
VI. La quotité de la réserve doit-elle être fixe ou dépendre du nombre des réservataires ?
VII. Règlement de la réserve, soit à l'égard des parents légitimes, soit à l'égard des enfants naturels, soit à l'égard du conjoint survivant.

I. Après avoir tracé les règles concernant la succession légitime, le Code italien s'occupe de la succession testamentaire, et traite tout d'abord de la capacité pour tester et des formes des divers testaments. Les dispositions concernant cette matière ne sont pas de nature à nous arrêter ; elles n'ont, en effet, donné lieu à aucune innovation considérable, si ce n'est à celle qui résulte de l'article 764, § 2.

D'après cet article, les fils immédiats d'une personne déterminée, vivante au moment de la mort du testateur, peuvent recevoir par testament, quoique n'étant pas encore conçus à ce moment. Cette dérogation au principe qui requiert

la conception au moment du décès doit être approuvée, puisqu'elle donne plus de latitude au testateur.

Mais la section IV du titre des *Successions*, concernant la réserve et la quotité disponible, devra, au contraire, être l'objet d'un examen approfondi.

II. Et d'abord le Code italien devait-il, à l'exemple du Code Napoléon, admettre le principe d'une réserve en faveur de quelques héritiers?...

Ce n'est pas sans une certaine émotion que nous posons une telle question, et que nous entreprenons de défendre des vérités qui paraissaient à l'abri de toute attaque. Mais il s'est formé, en France, une coalition entre ceux qui ont regret à l'ancien ordre de choses et certains publicistes et économistes ; et tous ensemble, au nom de la liberté de la propriété, au nom des droits du père de famille, dans l'intérêt du progrès agricole et de la grande industrie, ont réclamé à grand fracas l'abrogation de la réserve et la liberté de tester !

Ce serait donc en vain que depuis plus d'un demi-siècle, une jurisprudence énergique et vraiment libérale s'est efforcée de faire pénétrer dans les habitudes privées les principes de justice et d'égalité inaugurés par le Code Napoléon !... Ce serait donc en vain que les fraudes auraient été réprimées, les iniquités domestiques réparées, les actes simulés impitoyablement annulés !... Tout cela, peine perdue, labeur inutile !... Il faudrait reconnaître que, durant soixante ans, la magistrature française a joué le rôle de Sisyphe, et se résigner à voir bientôt la lourde masse des vieux préjugés retomber de tout son poids pour écraser les familles !...

En Italie, la liberté absolue de tester a été aussi réclamée par quelques écrivains et par les mêmes raisons que celles invoquées en France. Voyons donc quelles peuvent être ces raisons si graves ; mais tout d'abord recherchons quel est le vrai fondement juridique de la réserve.

III. Quelques jurisconsultes économistes assignent pour base à la réserve l'*obligation alimentaire ;* M. Batbie, qui s'est déclaré partisan et défenseur de la réserve, a résumé cette opinion avec une grande clarté :

« Les parents, dit-il, sont tenus à la dette alimentaire envers leurs enfants ou descendants, et ces derniers sont réciproquement obligés de fournir des aliments à leurs ascendants. Or, la dette alimentaire est un rapport d'obligation qui s'éteint à la mort de ceux qui la doivent. La réserve a été instituée pour la perpétuer après la mort des débiteurs d'aliments ; elle correspond à l'obligation naturelle qui lie les ascendants aux descendants, et réciproquement... La réserve, en transmettant une portion du patrimoine, est la manière la plus complète dont puisse être remplie l'obligation de fournir des aliments qui est la conséquence de la paternité [1]. »

Cette théorie, en apparence favorable à la réserve, pourrait aisément en devenir la négation. Si la réserve n'est autre chose que la créance alimentaire continuée, on pourra facilement la réduire à la proportion de simples aliments, c'est-à-dire conserver le nom et détruire la chose. M. Batbie, qui a prévu l'objection, ne recule pas, en effet, devant la consé-

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 103.

quence extrême que nous signalons : « Ne pourrait-on pas objecter, dit-il, que l'obligation alimentaire est dépassée par l'institution de la réserve? *Je ferai observer que ce n'est qu'une question de mesure, non de principe.* JE COMPRENDRAIS QUE, d'après cette objection, ON DEMANDAT LA RÉDUCTION DE LA PORTION RÉSERVÉE ; mais cet argument ne peut pas aller jusqu'à faire condamner l'institution [1]. » Cela est-il assez clair? Et que pourraient demander de plus les partisans de la liberté absolue de tester?... La réserve pourrait donc être réduite à une portion alimentaire, car ce n'est là *qu'une question de mesure ;* c'est-à-dire, que la condition faite aujourd'hui par le Code aux enfants adultérins pourrait être généralisée et étendue aux enfants légitimes !...

Mais, pourrait-on dire, il n'est pas question ici d'*aliments* dans le sens restreint et grossier donné généralement à cette expression; il s'agit de cette obligation naturelle en vertu de laquelle tout chef de famille doit assurer à ses enfants, sur le patrimoine qu'il laissera à son décès, les moyens de se maintenir honorablement dans la situation où ils se trouvent placés. Nous voulons bien l'admettre, quoique la nuance soit un peu arbitraire, plus dans les mots que dans les choses et pleine de péril. Mais cette précision rendra au contraire plus saisissante la nature de notre objection.

Nous soutenons que la réserve ne peut pas et ne doit pas être considérée comme le résultat d'une obligation, parce qu'alors peu importerait la manière dont cette obligation serait remplie, l'important serait qu'elle le fût, même par

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 103.

équipollent; l'arbitraire du législateur, inspiré par les économistes, se développerait sans entrave, et il ne resterait bientôt de la réserve qu'une vaine dénomination sans réalité sérieuse.

C'est ce que n'a pas voulu la loi italienne, et il nous semble que M. Gide a attaché trop d'importance à quelques expressions employées dans la discussion, ou insérées dans les rapports officiels, lorsqu'il a cru pouvoir affirmer le contraire :

« Entre notre droit de réserve, dit M. Gide, et la *portion légitime* de nos voisins, il est une nuance qui ne doit pas nous échapper. Tandis que, dans la réserve de notre Code, l'on retrouve encore dans une certaine mesure, avec les traditions du droit coutumier, le désir de conserver les biens dans les familles, la légitime italienne, au contraire, descend en ligne directe de la légitime du droit romain, et n'a pour but, comme celle-ci, que de *consacrer*, *ériger en obligation civile* les devoirs que dictent les affections domestiques et qu'impose la nature. De cette différence d'origine et de principe découlent, dans tous les détails d'organisation, des différences pratiques importantes. La liberté de tester, dans le système du législateur italien, est tantôt plus restreinte que chez nous, tantôt plus étendue : plus restreinte, car la légitime est expressément conférée non-seulement aux descendants et ascendants, comme notre réserve, mais encore à l'enfant naturel et au conjoint survivant; plus étendue d'autre part, car l'obligation du rapport n'a jamais pour cause que l'intention probable du testateur et, par conséquent, ne s'applique jamais aux libéralités testamentaires ; plus étendue encore, car la légitime due aux enfants ne peut

jamais dépasser, quel que soit leur nombre, la moitié de la succession [1]. »

Ces observations, fort justes quant aux détails, nous paraissent pouvoir être sérieusement contestées en ce qu'elles assignent pour but à la légitime italienne la transformation en *obligation civile* des devoirs imposés par la nature ; de sorte que la loi italienne aurait ainsi adopté le point de vue que nous repoussons. Mais s'il en était ainsi, il aurait fallu décider que le droit à la réserve ou légitime présente, avant tout, les caractères d'un droit de créance, et par conséquent n'est pas attaché à la qualité d'héritier ; or c'est le contraire qui a lieu ; le successible qui abdique la qualité d'héritier ne peut rien réclamer à titre de légitime (art. 808 et 1003 comp.). — Le légitimaire devrait aussi être admis, dans le même cas, au nombre des créanciers du défunt ; or personne n'a jamais songé à une telle innovation ; bien loin d'être considéré comme investi d'un droit de créance, le légitimaire est au contraire considéré comme copropriétaire des biens laissés dans l'hérédité, et doit dès lors être loti en nature (art. 808, 987, 994, etc.).

Ce n'est qu'à l'égard des enfants naturels que la légitime participe de la nature des droits de créance, ainsi que nous le verrons plus bas.

La loi italienne n'a donc pas voulu rattacher la notion de la légitime à une idée d'*obligation alimentaire*, et nous repoussons énergiquement comme dangereuse dans ses conséquences possibles toute doctrine qui rattacherait la légitime ou réserve à une obligation de cette nature ; il n'y a

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 23.

et il ne doit y avoir aucun rapport entre la réserve et une dette alimentaire. « Sans doute, dit M. Demolombe, il est très-vrai que la réserve a été établie dans l'intérêt particulier de ceux des parents auxquels elle est attribuée ; mais à un point de vue plus élevé elle apparaît comme une institution d'intérêt général, dont le but est de maintenir toujours, dans une convenable mesure, la transmission héréditaire des biens, *qui est le moyen le plus énergique de la conservation des familles*, et par conséquent de la conservation de la société elle-même tout entière [1]. » Voilà le véritable point de vue : la famille, comme toutes les institutions, est soumise en effet à des conditions d'existence.

Ces conditions d'existence sont :

1° La propriété individuelle : l'établissement de la propriété collective ou du communisme détruirait radicalement la famille ;

2° Le mariage indissoluble : le divorce est également destructif de la famille ;

3° La transmission des biens assurée par la réserve : que deviendrait en effet la famille si une telle assurance n'existait pas ?

La réserve a donc son fondement juridique dans l'existence même de la famille, dont elle constitue l'une des conditions essentielles.

Pour déterminer le montant de cette réserve, on pourra avoir égard aux habitudes sociales, au nombre des enfants, en un mot, à telle ou telle considération ; mais il y a une considération, une seule, qu'il faudra toujours écarter : la

[1] *Donations et Testaments*, t. I, n° 7, p. 9.

considération de la dette alimentaire, car elle est l'opposé contradictoire de la réserve. Et c'est précisément parce qu'on ne pouvait pas accorder de réserve aux enfants adultérins qu'on s'est borné à leur accorder des aliments !...

IV. Voilà quelle est la nature et la base de la réserve ; voyons maintenant quelles sont les objections qui ont été produites contre cette institution :

a. La première objection est tirée du caractère absolu du droit de propriété qui doit avoir pour conséquence la liberté de tester.

Voici la réponse :

Il est de l'essence de tout droit d'être, non pas limité, mais *délimité*, c'est-à-dire circonscrit dans sa sphère légitime d'action. Il s'agit donc de rechercher quelles sont les limites *naturelles et nécessaires* du droit de propriété ; le raisonnement suivant nous les fait connaître en ce qui touche le droit de tester :

1° La propriété individuelle a pour corollaire la famille ; c'est-à-dire que la suppression de la famille entraînerait la suppression de la propriété individuelle, de même que la suppression de la propriété individuelle entraînerait celle de la famille ;

2° Donc le droit de propriété individuelle a pour limite tout exercice abusif qui compromettrait l'existence de la famille, sinon la propriété se détruirait elle-même comme institution [1] ;

[1] On insiste souvent sur cette idée que la propriété comprend au nombre de ses éléments le *jus abutendi* ; cela est vrai, et signifie seulement que le propriétaire peut disposer de sa chose comme il

3° Or, sans la réserve, la famille manquerait de la cohésionnécessaire ;

4° Donc la réserve, bien loin de diminuer le droit de propriété, est au contraire une *condition intégrante de ce droit*, puisqu'elle maintient la famille et que la famille, à son tour, maintient la propriété.

Il ne faut pas d'ailleurs se laisser abuser par l'emploi du mot *liberté* appliqué à la faculté *de tester*. La liberté consiste dans les garanties qui assurent l'exercice volontaire d'un droit, et non pas dans l'extension de ce droit en dehors de sa sphère légitime d'action. Il convient en outre de remarquer que les partisans de cette prétendue *liberté de tester* sont les ennemis les plus dangereux de la liberté et de l'égalité.

« Si l'on compare les diverses législations qui se sont succédé en Italie, dit M. Gide, l'on y verra que la liberté testamentaire a, d'âge en âge, constamment perdu du terrain ; elle était moins restreinte sous les lois romaines que sous les Codes de Charles-Albert et de Ferdinand, elle était moins restreinte sous ces Codes qu'elle ne l'est aujourd'hui. Et, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'à ces restrictions toujours croissantes de la liberté testamentaire, l'on voit correspondre dans les périodes successives du droit italien, un développement toujours croissant de toutes les autres libertés civiles. » — M. Gide s'écrie ensuite avec l'indulgence d'un homme qui ne veut rien soupçonner : « N'a-t-on pas oublié naguère ces enseignements de l'histoire, dans la presse et

l'entend, et, au besoin, même la détruire ; mais cela ne signifie pas qu'il aurait la faculté d'exercer son droit de propriété de manière à compromettre l'existence même de la propriété considérée comme institution.

à la tribune française, lorsqu'on y a réclamé, au nom de la liberté civile, l'indépendance et la souveraineté du testateur[1] ? » — Non, ces enseignements n'étaient pas oubliés; on réclamait la liberté de tester pour arriver à la destruction progressive de toutes les autres libertés civiles.

b. Deuxième objection contre la réserve : *Le droit à la réserve est destructif de l'autorité paternelle.*

Cela est radicalement faux; du moment qu'il est démontré que la réserve est une condition essentielle de l'existence de la famille, il ne se peut pas qu'elle soit destructive de l'autorité paternelle. Nous nous sommes d'ailleurs expliqué plus haut sur cet affaiblissement prétendu de l'autorité paternelle, et nous n'y reviendrons pas. La vérité est que l'institution de la réserve n'est ni contraire ni favorable à l'autorité paternelle; il n'y a pas de rapport nécessaire entre ces deux idées. Seulement, il est certain que la proclamation de la liberté absolue de tester inaugurerait dans les familles le règne de l'hypocrisie et encouragerait les calculs les plus vils. De plus, il est juste de reconnaître que, vis-à-vis de ses enfants, le père de famille conserve toujours, dans le droit d'attribuer à qui bon lui semble la quotité disponible, un frein bien suffisant. D'ailleurs, que ce frein soit suffisant ou ne le soit pas, là n'est pas la question. Ce n'est pas dans la réglementation des réserves que la loi doit chercher le moyen d'assurer le respect dû au chef de la famille.

c. Troisième objection contre la réserve : Elle est un obstacle à la grande culture et au développement de la grande industrie, à cause des partages en nature qu'elle rend périodiquement nécessaires.

[1] *Correspondant, loc. cit.*, p. 24.

Sur ce point les économistes ne sont pas d'accord ; les uns, en effet, repoussent la réserve parce qu'ils la considèrent comme réellement contraire à la grande culture. Mais les autres l'admettent parce qu'ils ne croient pas qu'elle puisse lui nuire. Cette dernière opinion doit être aussi radicalement condamnée que la première ; elle implique, en effet, qu'il faudrait, le cas échéant, sacrifier la réserve à la grande culture ; c'est-à-dire que la solution d'une question de morale sociale devrait être subordonnée à des théories agricoles ou industrielles fort contestables.

Qu'est-ce en effet que cette grande culture dont on parle tant ? C'est d'abord un danger pour l'égalité ; c'est de plus la diminution forcée du nombre des propriétaires, l'asservissement progressif du travail, l'absorption finale de l'individu ; telle est la condition de la Russie et de quelques autres États aussi civilisés. *Latifundia perdidere Italiam !...*

La petite et moyenne culture est au contraire la dignité de l'individu, le véritable champ d'honneur du travail, la condition des vertus viriles et civiques... Mais les puissantes machines, les procédés nouveaux, comment pourraient-ils être appliqués avec la petite culture et arriver à bannir la routine ?... Patience !... L'association communale y pourvoira un jour. Lorsque chaque commune sera munie d'un mobilier agricole, composé d'après les derniers résultats fournis par la science expérimentale, on verra combien la petite culture est destinée à l'emporter sur la grande... Nous remarquerons d'ailleurs qu'il suffit de modifier certaines règles concernant les rapports et partages pour faire disparaître tous les inconvénients dont se plaignent les partisans de la grandec ulture.

V. Voilà donc à quoi se réduisent les objections produites contre l'institution de la réserve ; récapitulons maintenant les avantages qu'elle nous assure :

1° Elle maintient entre les enfants une égalité suffisante : voilà pourquoi elle est attaquée par les partisans des vieux priviléges ;

2° Elle est un obstacle à des libéralités excessives qui, si elle n'existait pas, iraient enrichir, aux dépens des familles, les établissements de main-morte : voilà pourquoi elle est attaquée par tous ceux qui préfèrent ces établissements à la famille ;

3° Elle serait, selon quelques-uns, un obstacle à la grande culture : voilà pourquoi elle est attaquée par les partisans quand même de la grande culture, qui peut si facilement devenir un danger pour la liberté et l'égalité...

Si à tous ces avantages on ajoute que la réserve forme, avec le *mariage indissoluble*, la pierre angulaire de la famille, on aura vraiment de la peine à comprendre qu'on ait osé porter une main téméraire sur une telle institution.

Les raisons que nous venons de développer ont aussi pour résultat de déterminer avec la plus grande précision les limites naturelles de la réserve. Puisqu'elle est l'une des conditions de l'existence et du développement régulier de la famille, il n'y a lieu de l'admettre que dans le sein de la famille proprement dite, c'est-à-dire au profit des ascendants et des descendants. Mais il n'y a aucune raison juridique pour accorder aux frères et sœurs une telle faveur, car les frères et sœurs doivent, en général, fonder chacun une famille distincte ; mais *entre eux*, ils ne forment pas une famille, ils sont simplement *parents*, issus d'un même père.

Le principe de la réserve étant ainsi justifié et admis et ses limites nettement tracées, il faut maintenant examiner une autre question qui se présente tout d'abord à l'esprit :

VI. La réserve doit-elle être fixée d'une manière immuable, ou bien doit-elle varier suivant le nombre des enfants ou des ascendants ?

Les rédacteurs du Code italien, après avoir examiné scrupuleusement la difficulté, se sont prononcés pour une réserve toujours invariable, fixée à la moitié du patrimoine pour les enfants, et au tiers pour les ascendants.

Les motifs d'une semblable décision ne manquent pas d'une certaine force.

La loi du 24 germinal an VIII avait complétement adopté des réserves toujours calculées d'après le nombre des enfants ; ainsi le père pouvait disposer du quart de ses biens s'il laissait moins de quatre enfants ; du cinquième s'il en laissait quatre ; du sixième s'il y en avait cinq, et ainsi de suite, en comptant toujours, pour déterminer la portion disponible, le nombre des enfants plus un. L'inconvénient de ce système est manifeste, car le nombre des enfants pourrait augmenter de manière à rendre la quotité disponible tout à fait illusoire.

Aussi le Code Napoléon n'a-t-il pas voulu pousser aussi loin la proportionnalité, et en la limitant comme il l'a fait on peut dire qu'il a consacré un système mixte. Les rédacteurs du Code italien ont trouvé qu'une telle solution n'atteignait pas le but proposé et n'était pas en harmonie avec l'idée de proportionnalité qui lui servait de base. C'est

pourquoi ils ont préféré adopter une quotité fixe. Ils se sont ainsi rapprochés de la théorie du droit coutumier français; on sait en effet que la Coutume de Paris (art. 298) tenait en quelque sorte la balance égale entre le droit du père et la réserve des enfants.

Ce système est en réalité plus logique et surtout plus simple. Néanmoins, nous ne penserions pas qu'il fût convenable de modifier sur ce point le Code Napoléon; la proportion qu'il a établie est acceptée de tout le monde; on peut dire qu'elle est entrée dans nos mœurs, et en définitive elle n'engendre aucun inconvénient sérieux.

VII. Quoi qu'il en soit, voyons maintenant comment le nouveau Code italien a réglementé la réserve.

La réserve est fixée à la moitié pour tous les enfants légitimes, légitimés ou adoptifs et descendants d'eux (art. 805 et 806).

A défaut de descendants, la réserve, qui est alors du tiers, appartient par égales parts au père et à la mère, ou en entier à celui des deux qui a seul survécu au fils. A défaut du père et de la mère, s'il y a des ascendants dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, la réserve appartient pour une moitié aux uns et pour l'autre moitié aux autres, s'ils sont tous au même degré; mais s'ils sont à des degrés inégaux, elle appartient en entier aux plus proches de l'une ou de l'autre ligne (art. 807).

Enfin, l'article 808 déclare expressément que la réserve ou *portion légitime*, car c'est cette expression qui est toujours usitée, constitue une quote de l'hérédité (*quota di eredità*); et ainsi se trouvent évitées toutes les difficultés que l'ab-

sence d'une telle précision a suscitées en droit français.

Le Code italien fixe ensuite les droits du conjoint survivant et des enfants naturels.

Si le défunt a laissé des enfants, le conjoint survivant, pourvu qu'il n'y ait pas contre lui sentence de séparation de corps passée en force de chose jugée, a droit à une portion en usufruit égale à celle qui reviendrait à titre de légitime à chacun des enfants, en comptant le conjoint lui-même au nombre des enfants (art. 812).

Si le testateur ne laisse que des ascendants, la part réservée au conjoint survivant est du quart en usufruit (art. 813). Cette part est du tiers en usufruit, si le testateur ne laisse ni ascendants ni descendants (art. 814).

Nous remarquons que la portion légitime du conjoint survivant lui est toujours attribuée en usufruit, alors que quelquefois, quand il s'agit de la part héréditaire qu'il est appelé à recueillir *ab intestat*, il est gratifié de la pleine propriété. Rien de plus sage et de mieux justifié que ces différences. L'orsqu'il s'agit d'une succession *ab intestat*, on peut, en s'inspirant de la volonté probable du défunt, attribuer à son conjoint survivant, tantôt un simple usufruit, tantôt une part de propriété. Au contraire, s'il s'agit d'une succession testamentaire, on ne peut rationnellement attribuer au conjoint survivant, que le défunt aurait voulu écarter, qu'une part en usufruit ; et de cette manière les biens ne seront jamais à sa disposition, ainsi que l'avait voulu le testateur.

Passons maintenant aux enfants naturels reconnus.

Fallait-il leur accorder une réserve ? C'est là une bien grave question, disait le rapporteur, M. Vacca, en présen-

tant au Sénat le projet du troisième livre ; il s'agit en effet de concilier le respect dû à la dignité du mariage et de la légitimité avec les droits imprescriptibles de la nature et du sang.

C'est l'opinion qui a prévalu en France parmi les interprètes les plus autorisés qui a été adoptée en Italie. C'est-à-dire que, d'après le nouveau Code, l'enfant naturel reconnu a droit à une réserve. C'est précisément la part qui lui est attribuée dans la succession *ab intestat* qui forme sa réserve, laquelle, par conséquent, consiste dans la moitié de la part qui lui aurait été attribuée s'il eût été légitime. Pour calculer cette part, il faudra compter aussi les enfants légitimes (art. 815). Néanmoins, à défaut d'ascendants et de descendants, il ne peut réclamer à titre de réserve que les deux tiers de la portion qui lui aurait été due s'il eût été légitime (art. 816), alors que dans la même hypothèse il eût pu recueillir la totalité de l'hérédité s'il se fût agi d'une succession *ab intestat* (art. 747).

Il faut de plus remarquer que, soit lorsqu'il s'agit de la succession testamentaire, soit lorsqu'il s'agit d'une succession *ab intestat*, les enfants légitimes ont le droit de faire sa part à l'enfant naturel en argent ou en immeubles justement estimés (art. 744, § 2, et 815, § 2). De sorte que la réserve de l'enfant naturel constitue à la fois un droit de créance et une quote de l'hérédité [1].

[1] La question de savoir quelle est l'étendue de la quotité disponible à l'égard des enfants naturels, a donné lieu en Italie à quelques difficultés qui paraissent surtout provenir de la rédaction vicieuse de la loi. L'article 768 déclare en effet que *les enfants naturels en concours avec des descendants ou ascendants légitimes du testateur, sont in-*

Enfin, pour terminer ce qui a trait à cet ordre d'idées, nous devons mentionner l'importante disposition de l'article 818, ainsi conçu :

« La réserve due au conjoint survivant et aux enfants naturels, ne peut en aucune manière diminuer la réserve appartenant aux descendants ou ascendants légitimes ; elle constitue en quelque sorte un retranchement opéré sur la quotité disponible. »

capables de rien recevoir par testament au delà de ce que la loi leur attribue par succession ab intestat. Or, nous avons déjà vu que la loi accorde à l'ascendant *un tiers* de l'entier patrimoine et à l'enfant naturel tout ce qui reste, c'est-à-dire *deux tiers*. C'est donc, pour le cas où l'enfant naturel est en concours avec des ascendants, comme si la loi s'était exprimée ainsi :

1° Il est permis au testateur de laisser à son enfant naturel *tout son patrimoine*, déduction faite du tiers au profit de l'ascendant (art. 745).

2° Mais il lui est expressément défendu de laisser à cet enfant naturel quelque chose de plus (art. 768).

Il est manifeste qu'il y a là un *non-sens*. Le législateur, en effet, a voulu statuer en vue d'une double hypothèse, celle où l'enfant naturel est en concours avec des enfants légitimes, réglée par l'article 744, et celle où il est en concours avec des ascendants, réglée par l'article 745. Pour le premier cas il était utile de dire que l'enfant naturel ne pourrait pas recevoir par testament plus qu'il ne lui était attribué par la loi. Or, se trouvant en concours avec un enfant légitime ayant droit à la moitié, l'article 744 ne lui accorde qu'un quart ; le père aurait donc pu lui laisser en sus l'autre quart, si l'article 768 n'était venu l'en empêcher.

Mais ce même article est tout à fait inutile et n'a pas de raison d'être pour la seconde hypothèse réglée par l'article 745, puisque dans cette seconde hypothèse, l'enfant naturel recevant *ab intestat tout ce qui reste* après que la réserve de l'ascendant a été prélevée, il est bien impossible de lui donner davantage.

Mais pour disculper les rédacteurs du nouveau Code du reproche d'avoir écrit une disposition sans signification aucune, un savant ecclésiastique italien, M. le chanoine Antonio Silva, a proposé une

§ 4.

I. Des dispositions testamentaires. — Maintien nécessaire dans le droit moderne de la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.*
II. Capacité de tester du mineur.
III. Des conditions contraires aux lois ou aux mœurs.
IV. Révocation des legs pour cause de survenance d'enfants.
V. Extension aux legs de la représentation.
VI. Suppression radicale des substitutions.

I. Nous avons vu que la succession testamentaire prévaut sur la succession légitime en ce sens seulement qu'il n'y a lieu à la dévolution des biens aux héritiers légitimes, qu'à défaut d'héritiers testamentaires (art. 720). Mais, dit M. Buniva, cela n'empêche pas que ces deux successions ne puissent concourir ensemble, attendu que la vieille maxime romaine *Nemo potest partim testatus, partim intestatus*

interprétation fort ingénieuse de l'article 768, qui aurait la signification suivante :

Les enfants naturels en concours avec des ascendants ou descendants légitimes du testateur, sont incapables de recevoir par testament *sur la portion disponible,* une quote ou fraction plus considérable que celle qui leur est attribuée par la loi sur l'hérédité tout entière. Donc un fils naturel en concours avec un enfant légitime ne pourrait recevoir par testament que la moitié du quart, c'est-à-dire un huitième ;

Étant en concours avec un ascendant légitime, et prélèvement fait du tiers, réserve de l'ascendant, il ne pourrait recevoir que les deux tiers des deux tiers restants, c'est-à-dire quatre neuvièmes.

Il résulterait de là que le fils naturel ne pourrait pas recevoir par testament tout ce qu'il peut recueillir *ab intestat;* ce qui revient à dire que le père ne pourrait pas par son *testament écrit,* laisser à son fils naturel tout ce qu'il pourrait lui laisser dans son *testament présumé;* c'est-à-dire qu'il lui serait défendu de faire *expressément,* ce qu'il est cependant *présumé* avoir fait. Il ne faut pas perdre de

decedere, n'était qu'une subtilité incompatible avec la simplicité du droit moderne. En conséquence, continue l'éminent professeur de Turin, si un testateur n'a disposé que d'*une partie* de ses biens, ou si l'un des héritiers par lui appelés fait défaut, et qu'il n'y ait pas lieu à accroissement au profit des autres, dans les premiers cas les héritiers légitimes viendront concourir avec les héritiers testamentaires pour la portion dont il n'aura pas été disposé; et dans le second cas les héritiers légitimes viendront prendre la part de l'héritier testamentaire qui a fait défaut.

M. Curcio émet la même opinion au sujet de la règle *Nemo partim*... « Il est impossible de comprendre, dit cet écrivain, comment, dans la théorie des successions, on a pu conserver le droit d'accroissement qui a la même raison d'être aujourd'hui, qu'autrefois la torture, à savoir qu'il existe de temps immémorial. Sans doute le droit d'accroissement était fort juste quand on vivait sous l'empire de la règle *Nemo partim*... Attendu qu'alors le testament étant une loi, il n'était pas possible que la succession fût régie par deux lois diverses. Mais aujourd'hui il n'en est plus ainsi, puisque

vue en effet que la succession *ab intestat* est fondée sur la conduite probable qu'aurait tenue le testateur.

Le système de M. Silva, considéré en lui-même, est parfaitement plausible et se recommande par de graves considérations morales, tirées de ce qu'il ne convient pas de faire à l'enfant naturel une position trop avantageuse, mais il est contraire au principe même sur lequel repose la dévolution des biens par succession. Il ne pourrait trouver place que dans une législation où la dévolution des biens *ab intestat* serait arbitrairement réglée par la volonté suprême de la loi, abstraction faite de l'intention du *de cujus*. Voy. *Interpretazione dell' art.* 768, *proposta dal Canonico Vicedomo Dr Antonio* SILVA. *Piacenza*, 1867.

les deux systèmes de succession peuvent coexister et être tempérés l'un par l'autre [1]. » Si ces appréciations étaient exactes, il faudrait donc admettre que la règle *Nemo partim...* est bannie de la nouvelle législation civile italienne, et que sa disparition aurait dû entraîner celle du droit d'accroissement.

Cependant il n'en est rien : la règle *Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, bien loin d'être une subtilité motivée par cette puérile considération qu'une succession ne pouvait pas être régie par deux lois différentes, est au contraire fondée sur la raison ; la logique juridique l'impose avec une telle nécessité, qu'il y a impossibilité à ce qu'elle n'existe pas. Cette règle n'est que la conséquence de l'indivisibilité de la représentation de la personne du défunt par son héritier ; il n'est pas possible que cette représentation soit scindée, puisque l'héritier remplace le défunt *in universum jus*. Il n'est donc pas possible que la personne soit représentée deux fois, par deux héritiers différents, appelés chacun à l'*universum jus*. Notre règle a pour but notamment :

1° D'exclure la simultanéité d'un héritier légitime et d'un héritier institué, mais non le concours d'un héritier et d'un légataire qui n'est qu'un successeur aux biens [2]. Dans les espèces citées par M. Buniva, les prétendus héritiers testamentaires étaient simplement des légataires, puisqu'ils n'avaient pas de vocation *ad universum jus ;*

2° D'empêcher qu'un terme ne soit assigné à la durée du titre

[1] Voy. Curcio, *Lettere*, p. 39 ; — Buniva, *Delle successioni*, p. 10.

[2] Mourir partie *testat* et partie *intestat* implique une incompatibilité que Pomponius fait découler de la nature des choses, « *earum rerum naturaliter inter se pugna est.* » L. 7, D. *De diversis reg. juris.*

de l'héritier. « Chose étrange ! dit M. Massol, qui a approfondi la question avec une singulière sagacité, les commentateurs du Code Napoléon, qui annoncent que notre règle est abrogée, reconnaissent sans hésitation qu'un héritier ne peut être choisi avec une limite de temps. En statuant de la sorte, ils s'inspirent, non du Code Napoléon, qui est muet à cet égard, mais de la règle prohibant de mourir partie *testat* et partie *intestat*, laquelle règle a la force d'un axiome universel [1]. »

Or la disposition qui manque dans notre Code, nous la trouvons dans le Code italien : « Dans les dispositions universelles, dit l'article 851, est réputé non écrit le terme à partir duquel les effets de l'institution doivent cesser. » — Or quelle peut être la raison d'une telle disposition, sinon l'impossibilité de scinder dans le domaine du temps comme à tout autre aspect, une institution dont l'essence est d'être une vocation à l'*universum jus* [2] ? — Par conséquent la maxime *Nemo pro parte...* est en vigueur dans le droit italien moderne, comme dans toutes les législations qui reconnaissent aux citoyens le droit de se créer en quelque sorte un continuateur juridique *in universum jus*. Bien mieux, il importe de remarquer que dans le droit italien moderne, la règle *Nemo pro parte...* se trouve vraie non pas seulement quant à l'idée générale qu'elle a pour but d'exprimer, mais encore prise *à la lettre* et dans

[1] Voy. l'intéressant opuscule ayant pour titre : *De la règle* NEMO PRO PARTE... par M. Massol, prof. à la faculté de droit de Toulouse. Paris, Marescq aîné, 1867, p. 54.

[2] M. Massol (*ibid.*, p. 9) fait remarquer avec raison que la règle : *Nemo pro parte...* et la règle *Semel hæres semper hæres*, dérivent du même principe, n'en forment qu'une, et que le rejet de l'une implique la condamnation de l'autre.

sa *formule* telle qu'il fallait l'entendre en droit romain. Il convient de remarquer en effet que le nouveau Code, s'inspirant des idées romaines, reconnaît à tout citoyen le droit d'instituer par testament de véritables *héritiers* dont la condition est identique à celle des héritiers légitimes (art. 827), de sorte qu'on peut à la lettre prévoir, pour le déclarer impossible, le concours d'un héritier *légitime* avec un héritier *testamentaire*. Dans le droit français au contraire, la règle est également vraie *au fond*, mais sa formule ne cadre pas avec nos institutions, car un testateur ne peut faire que des *légataires universels* et non de véritables héritiers, de sorte qu'on ne peut plus prévoir le concours de deux personnes ayant le titre d'héritier, mais de deux personnes appelées chacune à l'*universum jus* du défunt, l'une comme héritier légitime, l'autre comme légataire universel.

Reconnaissons donc que la règle *Nemo pro parte...* est toujours et doit toujours être en vigueur, et que l'exacte intelligence de cette règle doit servir en quelque sorte comme de transition entre la théorie des successions légitimes et celle des successions testamentaires. Quant au droit d'*accroissement*, il se présente, il est vrai, quelquefois comme une nécessité juridique dérivant de l'impossibilité d'être héritier pour partie, mais le plus souvent, et toujours lorsqu'il s'agit de legs particulier, il n'est que la traduction de la volonté probable du testateur.

II. Les dispositions du Code italien concernant les institutions d'héritiers et les legs, sont assez nombreuses. La loi italienne est entrée au sujet des personnes et des choses qui peuvent figurer dans un testament, comme aussi au sujet des dispositions elles-mêmes et de leurs effets, dans

plus de détails que la loi française ; mais nous ne relèverons que les points les plus importants.

La question de savoir dans quelles limites il convient de reconnaître aux mineurs la faculté de tester, a été tranchée par le nouveau Code bien mieux que par le Code Napoléon. Notre article 904 déclare en effet que le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament et seulement jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur l'aptitude du mineur à faire un testament, il est manifeste que le système adopté par le Code Napoléon sera toujours le plus défectueux de tous ceux qu'on pourra imaginer [1]. De deux choses l'une, en effet : ou le mineur doit être considéré comme n'ayant pas assez de maturité pour faire un testament, et alors il est absurde de l'autoriser à disposer d'une portion quelconque de son patrimoine; ou on lui reconnaît au contraire une suffisante maturité, et alors il est absurde de ne lui permettre de disposer que d'une fraction de son patrimoine. Aussi le Code italien, laissant de côté cet *éclectisme* irrationnel, a préféré et avec raison, reculer jusqu'à dix-huit ans accomplis l'exercice par les mineurs de la faculté de tester, mais en même temps la leur reconnaître *entière* à partir de la même époque (art. 763). Cette innovation est des plus heureuses et sera certainement adoptée un jour en France.

III. Nous voyons ensuite que l'article 849 reproduit, à l'égard des testaments, la règle de l'article 900 du Code Napoléon. Il déclare que dans les testaments les conditions impos-

[1] Voy. Buniva, *Delle successioni*, p. 115.

sibles, celles contraires aux lois et aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites. Mais pour les donations, l'article 1065 les déclare frappées de nullité quand elles sont faites sous une condition impossible ou contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. En distinguant ainsi entre les donations et les testaments quant aux effets des conditions prohibées, la loi italienne a donné satisfaction à quelques réclamations assez spécieuses que le plus grand nombre des jurisconsultes français n'ont pas hésité à formuler. Il s'est même trouvé quelques écrivains qui ont donné à leurs critiques du Code Napoléon la forme la plus inconvenante. Disons tout de suite, au moins pour ces derniers, qu'ils ne comprenaient pas la disposition qu'ils critiquaient.

D'abord, il faut remarquer que l'article 900 du Code Napoléon parle, non pas des conditions *contraires aux bonnes mœurs*, mais, ce qui est bien différent, des conditions *contraires aux mœurs*, c'est-à-dire *aux mœurs publiques actuelles*, telles que les ont faites les idées et les principes politiques qui ont triomphé en 89. Pour se convaincre que l'article 900 n'a pas d'autre portée, il suffit d'étudier l'histoire du principe qu'il consacre.

La loi des 5 et 12 septembre 1791, qui s'applique aux donations comme aux testaments, était ainsi conçue :

« Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donateur, héritier ou légataire, gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui le détournerait de remplir les devoirs imposés, et d'exercer des fonctions déférées par la Constitution aux

citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

Et maintenant, si l'on veut savoir quels étaient les abus qu'il s'agissait de réprimer par cette loi, on les trouvera énumérés dans la motion d'ordre sur laquelle fut votée la loi du 12 septembre 1791 :

« C'est le moyen, lit-on dans cette motion, d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse, c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique..... C'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle religion. »

Or, pour empêcher de pareils abus, que fallait-il faire? Convenait-il de prononcer la nullité de toutes les dispositions faites sous de semblables conditions, ou devait-on se borner à déclarer seulement ces conditions non écrites?

Si l'on avait prononcé la nullité absolue, ceux qui, sans intention sérieuse de donner, voulaient seulement réagir contre les institutions nouvelles, auraient eu intérêt à insérer dans de prétendues donations les conditions prohibées, car il y avait une chance pour qu'elles fussent exécutées, et dans le cas d'annulation l'inconvénient eût été médiocre puisqu'il n'y avait pas eu véritablement *animus donandi*.

En déclarant, au contraire, simplement non écrites ces

mêmes conditions, on empêchait ceux qu'animaient surtout des vues politiques hostiles de persister dans leurs tentatives; l'événement devait en effet tromper souvent leur attente, puisque le bénéficiaire pouvait toujours réclamer la libéralité, sans obéir à la condition.

Quant à ceux qui ayant réellement et principalement l'intention de donner se laissaient aller à insérer des clauses peu en harmonie avec les idées modernes, il n'y avait pas de difficulté à maintenir la libéralité, sans tenir compte des clauses accessoires.

Ainsi donc la saine perception du but à atteindre montrait clairement le moyen à employer. Voilà pourquoi la loi du 12 septembre 1791 déclara non écrites les conditions qu'elle voulait empêcher. La loi du 17 nivôse an II reproduisit absolument les mêmes règles [1].

Le Code Napoléon adopta à son tour l'esprit de ces lois, et voilà pourquoi il parle des conditions contraires aux *mœurs* et non pas aux *bonnes mœurs*. Mais malheureusement il a étendu, par inadvertance, aux conditions *physiquement impossibles*, une solution qui n'était légitime que pour les conditions illicites. Voilà le seul côté défectueux de l'article 900,

[1] M. Boissonade n'admet pas cette explication : « Il est possible, dit-il, qu'à l'origine, cette prohibition ait été écrite principalement en vue des mœurs publiques et politiques ; mais la loi même du 12 septembre 1791 employait l'expression *bonnes mœurs* qui est générale, et ne concerne pas seulement les *mœurs publiques actuelles*, mais les *mœurs honnêtes* de tous les temps : la question n'est pas sans intérêt, puisque, avec son sens restrictif, M. Huc arrive à annuler une donation faite sous une condition contraire à la *morale générale*; tandis que, suivant l'opinion commune que nous croyons encore la plus fondée, la condition illicite est réputée non écrite et la donation valable. » *Loc. cit.*, p. 7.

et, malgré ce défaut, nous devons encore le considérer comme un des plus importants et des plus remarquables, comme un de ceux qui donnent au Code Napoléon sa véritable physionomie, comme un de ceux qui ont le plus servi à fonder et à garantir l'égalité et la liberté civiles. Ne perdons pas de vue, en effet, que la force de cet article réside tout entière dans sa portée préventive ; et qui pourra jamais dire combien, sans nuire à la liberté de disposer, il a empêché jusqu'à ce jour et il empêche encore de clauses étranges et contraires à notre droit public [1]? Aussi le législateur italien, qui avait à prévoir les mêmes dangers, aurait dû insérer, dans son nouveau Code, la disposition de l'article 900, en se bornant à retrancher du texte la mention des *conditions impossibles.*

M. Buniva critique aussi la distinction admise par le nouveau Code entre les testaments et les donations, mais à un point de vue tout différent. Au lieu de penser que les conditions illicites dussent être toujours déclarées non écrites quelle que fût la nature juridique de l'acte dans lequel elles sont insérées, il aurait voulu qu'elles eussent toujours pour effet d'annuler l'acte, aussi bien les testaments que les dona-

[1] L'une de ces clauses les plus audacieuses est celle par laquelle des donateurs subordonnent l'efficacité de fondations charitables à la condition que ces donations seront administrées à perpétuité par des commissions dont ils déterminent eux-mêmes la composition, les attributions, etc., contrairement à cet axiome de droit public que la volonté privée ne peut pas créer de personnes morales dans l'État. (L. 1, D. 3, 4. *Quod cujuscumque universitatis.*) La validité d'une semblable clause a cependant été soutenue par M. Rozy, professeur agrégé, chargé du cours d'économie politique à la Faculté de droit de Toulouse. (Voy. *Journal du Droit administratif*, janv. 1866.)

tions [1]. — Il est certain qu'un tel système est plus logique; car, au point de vue qui nous occupe, il n'y a pas de raison juridique pour traiter les testaments autrement que les donations. La circonstance que les héritiers ou légataires sont étrangers au testament est tout à fait indifférente, comme le fait remarquer M. Buniva. Car la question du maintien d'une disposition ne peut dépendre de la considération des institués, mais bien de l'appréciation de la volonté du disposant au moment de l'acte. — Et alors de deux choses l'une : ou bien l'auteur de la disposition n'a pas su ce qu'il faisait quand il a subordonné sa libéralité à une condition illicite, et alors la libéralité doit être annulée pour défaut de consentement suffisant, ou bien il a su ce qu'il faisait, et alors la loi ne doit en aucune façon sanctionner une volonté illégale; — il est absurde de scinder cette volonté, de la déclarer inefficace pour partie et efficace pour le reste, car le fait de la volonté se déterminant spontanément à faire une libéralité est *indivisible*.

IV. Nous n'avons rien de particulier à dire sur les effets des legs et leur exécution. Les principes adoptés par les jurisconsultes italiens sont en général les mêmes que ceux du Code Napoléon. Mais en ce qui concerne la révocation et la caducité, nous avons remarqué plusieurs innovations qui, par une juste réciprocité, seront un jour, nous l'espérons, empruntées à l'Italie.

Ainsi, la révocation pour cause de survenance d'enfants, admise pour les donations seulement par notre Code Napo-

[1] *Loc. cit.*, p. 251-252.

léon, a été étendue par le Code italien aux dispositions testamentaires. L'article 888 déclare, en effet, que toute disposition à titre universel ou particulier, faite par celui qui, au moment du testament, n'avait ni enfants ni descendants, ou ne savait pas en avoir, sera révoquée de plein droit par l'existence ou la survenance au testateur d'un enfant ou descendant légitime, même posthume, légitimé ou adoptif. La révocation a lieu alors même que le fils serait déjà conçu au moment du testament; et s'il s'agit d'un enfant naturel, quand même il aurait été reconnu par le testateur avant le testament et légitimé depuis. Toutefois, ajoute le même article, la révocation n'aura pas lieu dans le cas où le testateur aurait prévu le cas de la survenance ou de l'existence d'enfants.

Ces dispositions de la loi italienne sont un hommage aux sentiments les plus vrais et les plus respectables du cœur humain, et les économistes eux-mêmes, qui repoussent, en matière de donation, la révocation pour cause de survenance d'enfants, parce qu'ils réprouvent toute cause de résolution des droits réels, n'auraient pas, croyons-nous, de raison pour vouloir la proscrire en matière de dispositions testamentaires.

V. Nous avons encore une autre amélioration à mentionner :

L'article 890, après avoir posé la règle que toute disposition testamentaire est sans effet si le bénéficiaire n'a pas survécu au testateur ou est devenu incapable, ajoute :

« Néanmoins, les descendants de l'héritier institué ou du légataire prédécédé ou devenu incapable, sont admis à

l'hérédité ou au legs, dans tous les cas où la représentation serait admise en leur faveur s'il s'agissait d'une succession *ab intestat*, à moins que le testateur ne l'ait autrement réglé, ou qu'il ne s'agisse d'un legs d'usufruit ou de tout autre droit attaché à la personne. »

Une telle innovation est justifiée par les plus graves considérations, que le rapporteur, M. Vacca, a éloquemment mises en lumière. En effet, la représentation dans les successions *ab intestat*, en même temps qu'elle est d'accord avec la volonté présumée du défunt, a pour effet de maintenir l'égalité entre les divers successibles. Or, lorsque deux fils, par exemple, ont été institués héritiers par leur père, et que l'un d'eux meurt ensuite avant le testateur, les mêmes raisons que dans le cas de succession *ab intestat* demandent que les enfants du prédécédé soient admis, par droit de représentation, à occuper sa place pour recueillir sa part dans la succession testamentaire. Sinon ils seraient réduits uniquement à leur portion de réserve, ce qui est manifestement contraire à la volonté probable du testateur, qui paraissait vouloir maintenir l'égalité entre ses enfants. Même raisonnement si nous supposons que les institués sont des frères du testateur et que l'un d'eux décède avant lui.

VI. Toutes les substitutions fidéicommissaires sont radicalement prohibées par le Code italien, qui n'a même pas voulu admettre les dispositions permises par le Code Napoléon en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs (art. 1048 à 1074 C. Nap.). Nous ne saurions assez approuver une telle décision. Plus on a insisté pour justifier et défendre les substi-

tutions, même dans la limite restreinte où les a conservées le Code Napoléon, plus nous avons été convaincu de leur danger et de leur inutilité. Le testateur peut directement donner à ses petits-enfants déjà nés la quotité disponible, ou toute son hérédité à ses neveux déjà nés, sans avoir besoin de recourir à une substitution; si ces enfants ou neveux ne sont pas encore conçus, ce sont alors des êtres imaginaires, et la disposition ne peut s'expliquer que par des tendances aristocratiques que le législateur ne doit pas favoriser. Il convient de remarquer à ce propos que les défenseurs des substitutions sont en même temps les partisans les plus ardents de la *liberté de tester*, dont le premier usage serait de décréter l'esclavage de la famille et l'immobilité du sol, ainsi que son improductivité. Qui ne sait, en effet, que les substitutions frappent toujours de stérilité les biens qui en font l'objet? C'est donc avec raison que le Code italien a été sur ce point plus radical que le Code Napoléon. Nous approuvons surtout la manière dont il a sanctionné ses prohibitions. L'article 896 de notre Code déclare, en effet, que toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. Au contraire, l'article 900 du Code italien déclare que la nullité de la substitution fidéicommissaire ne préjudiciera en rien à la validité de l'institution. Aussi est-il permis d'affirmer qu'on ne cherchera pas en Italie à éluder la loi, comme on le fait en France. En France, si la tentative ne réussit pas, on n'a pas à craindre que l'institué, qui ne devait être qu'un dépositaire, garde pour lui les biens donnés; aussi est on, par là même, encouragé dans une cer-

taine mesure à chercher le moyen d'éluder la loi. En Italie, on ne voudra pas s'exposer à ce que l'institué profite de la libéralité, on devra toujours disposer franchement et ne pas chercher à ruser avec la loi.

Pour terminer ce qui a trait aux testaments, nous nous bornerons à citer l'article 918, portant qu'un testament nul, mais réunissant d'ailleurs les conditions requises pour valoir comme acte notarié ordinaire, ne pourra avoir pour effet la révocation d'un testament antérieur. On sait que la question soulève quelque difficulté parmi les commentateurs du Code Napoléon, quoique la majorité des auteurs se soit prononcée comme l'a fait la loi italienne.

§ 5.

I. Ouverture des successions. — Théorie des *commorientes*.
II. Acceptation; — Répudiation.
III. Du partage; — Abolition du *Retrait successoral*.
IV. Des rapports; — Les libéralités faites aux descendants sont seules sujettes au rapport.
V. Les legs adressés à un successible sont dispensés du rapport.
VI. Le rapport ou la réduction ont lieu en moins prenant autant que cela est possible.

I. Il nous reste encore à apprécier, en matière de succession, des dispositions qui sont communes aux successions légitimes et testamentaires. Elles ont trait à l'ouverture d'une succession et aux conséquences diverses de cette ouverture, notamment le partage.

La succession ne s'ouvre, de même qu'en France, que par la mort naturelle. Mais que faut-il décider, si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'au-

tre viennent à périr dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première ? On sait que sur ce point le Code Napoléon a admis des présomptions dont la base est peut-être un peu contestable, et que c'est une question de savoir si ces présomptions peuvent être suivies en dehors des successions *ab intestat*. Le Code italien a été, croyons-nous, mieux inspiré en supprimant toutes ces présomptions arbitraires, et en déclarant purement et simplement, par son article 924, que celui qui soutiendra que le décès de l'une des personnes mortes dans le même événement est antérieur au décès de l'autre, devra le prouver, et qu'en l'absence de toute preuve il faudra supposer que toutes sont mortes en même temps, et que par suite il n'y a pas lieu à transmission de droits de l'une à l'autre.

II. La succession ouverte peut être acceptée ou répudiée de la même manière qu'en droit français. Mais les règles de notre Code ont été améliorées sur certains points. Ainsi, notre article 782 porte que si les héritiers de celui qui est mort avant d'avoir pris un parti au sujet d'une succession à lui échue, ne sont pas d'accord pour l'accepter ou pour la répudier, la succession est de plein droit acceptée sous bénéfice d'inventaire. On sait que cette décision produit quelquefois de fâcheux résultats ; ainsi il peut arriver que tel des héritiers qui voulait répudier pour conserver toute sa part dans une donation faite par le *de cujus* à son auteur, subisse un retranchement par l'effet du rapport auquel il sera tenu comme héritier bénéficiaire forcé. La loi italienne s'est abstenue d'imposer l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. L'article 940 déclare que si les héritiers de l'habile à succéder ne

se mettent pas d'accord pour accepter ou répudier la succession échue à ce dernier, la succession avec ses avantages et ses charges, appartiendra en entier à ceux qui veulent accepter[1] et que ceux qui veulent répudier y demeureront étrangers de tout point. En statuant ainsi, la loi donne satisfaction à chacune des opinions différentes qui peuvent se produire parmi les intéressés. Enfin, l'article 943 déclare que la faculté d'accepter une hérédité se prescrit par trente ans. C'est, on le voit, en supprimant les mots : *ou de répudier*, de notre article 789, que la loi italienne a terminé la controverse que soulève cette dernière disposition. Il nous semble toutefois que la solution adoptée par les législateurs italiens n'est pas la meilleure de toutes celles qui ont été proposées. Du moment, en effet, que le principe de la saisine est admis, il semble difficile de prétendre qu'après trente ans l'héritier saisi ne sera plus héritier et ne pourra plus accepter ; il paraît plus vrai de dire qu'il ne peut plus répudier.

Nous n'avons pas d'observations à faire sur la répudiation ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ni sur les successions vacantes. Nous arrivons tout de suite à la matière du partage, qui présente plusieurs innovations importantes surtout au point de vue économique.

III. Nous voyons d'abord que lorsqu'il y a quelques mineurs parmi les héritiers institués, le testateur a le droit de maintenir entre eux l'indivision jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la majorité du plus jeune, sauf à l'autorité judi-

[1] Cet accroissement forcé est une conséquence de la règle *Nemo pro parte...*, qui ne permet pas qu'on soit *héritier* pour partie.

ciaire à permettre le partage, si la gravité des circonstances le requiert.

La composition de la masse à partager et la formation des lots a lieu comme en France. Toutefois, la loi italienne n'admet pas le *retrait successoral*, autorisé par notre article 841. Tous les bons esprits reconnaissent, en effet, depuis longtemps que le retrait successoral porte atteinte à la liberté des conventions, et constitue un droit odieux qui n'est exercé par les héritiers que s'il s'agit de faire un bénéfice aux dépens du cessionnaire, et que du moment que les créanciers ont la faculté d'intervenir au partage pour éviter qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits, il est presque puéril de chercher à empêcher l'intervention d'un cessionnaire des droits successifs [1].

IV. Mais la théorie des rapports a été profondément et ajoutons heureusement modifiée. D'abord la nécessité du rapport, en ce qui touche les choses dues à la succession, est imposée à tout héritier (art. 991); mais pour les libéralités, le rapport n'est imposé qu'aux enfants ou descendants en concours avec leurs frères ou sœurs, ou descendants d'eux (art. 1001). Il est naturel d'admettre, en effet, que la libéralité qui s'adresse à un des enfants n'est qu'un simple avancement d'hoirie, et ne prouve pas du tout que le testateur n'a pas voulu maintenir l'égalité entre ses enfants. Mais quand il s'agit de libéralités faites à des collatéraux, on peut facilement supposer que le *de cujus* a voulu faire la libéralité d'une manière définitive, qu'il n'a pas songé à ses autres successibles,

[1] Voy. Batbie, *Correspondant, loc. cit.*, p. 107.

et que, par conséquent, il n'a pas voulu se borner à un simple avancement d'hoirie.

La célèbre question du cumul est nettement tranchée, dans le sens vraiment libéral, par l'article 1003, qui dispose que : L'héritier qui renonce peut bien retenir la donation ou réclamer le legs à lui fait à concurrence de la portion disponible, mais qu'il ne peut rien retenir ou réclamer à titre de réserve. Nous disons que la question a été ainsi tranchée dans un sens *libéral*, parce qu'elle cache en effet un certain intérêt politique. Car si l'on veut aller au fond des choses, et se rendre compte de l'extraordinaire animation apportée des deux côtés dans la célèbre question du *cumul*, on devra reconnaître qu'il s'agissait pour les partisans du *cumul* de réagir contre l'esprit égalitaire de notre Code. Le système qui permet à un enfant de garder par sa renonciation la réserve et la quotité disponible serait l'établissement d'un droit exorbitant ayant pour résultat la concentration dans une seule main de la plus grande partie du patrimoine de la famille, *au mépris* de la volonté du testateur ou donateur qui voulait que l'égalité ne fût pas troublée, ou que tout au moins elle ne le fût que dans une certaine mesure. Il est à remarquer que les partisans de la *liberté* de tester sont en général partisans du *cumul* qui n'est que la négation de la volonté du défunt.

V. Une autre innovation considérable est celle qui concerne les legs faits à un successible. « Ce qui est laissé par testament, dit l'article 1008, n'est jamais sujet à rapport, sauf le cas de disposition contraire. » Une telle solution est tout à fait conforme à la volonté du testateur, puisque la nécessité

du rapport appliquée aux legs a pour effet de les rendre presque tout à fait inefficaces, et que c'est seulement par un effort de l'esprit, et moyennant des distinctions quelque peu subtiles, qu'il est possible d'attribuer un effet utile à des legs soumis au rapport. D'ailleurs, n'est-il pas évident que l'intention du testateur qui adresse un legs à un successible est de lui conférer un préciput? Mais cependant la loi italienne a cru devoir apporter un sage tempérament à cette disposition nouvelle, et en conséquence l'article 1026 statue que si le donataire ou *légataire*, qui est en même temps réservataire, demande la réduction des libéralités faites à un autre cohéritier ou à un légataire même étranger, comme excédant la quotité disponible, il devra imputer sur sa portion de réserve les avantages ou legs à lui faits, sauf disposition contraire de la part du testateur.

VI. Pour régler la manière dont le rapport doit être effectué, la loi italienne s'est préoccupée des inconvénients pouvant résulter, au point de vue économique, des rapports en nature, et elle y a remédié autant que possible.

Elle déclare d'abord que le rapport se fait en nature ou en moins prenant, au choix de l'héritier tenu de rapporter (art. 1015). Mais si le donataire d'un immeuble l'a aliéné ou hypothéqué, le rapport de cet immeuble ne se fera qu'en moins prenant (art. 1016).

Si au lieu d'un rapport proprement dit, il s'agit de réduire un legs d'immeuble excédant la quotité disponible, la réduction portera matériellement sur l'immeuble lui-même, si la division peut en être facilement effectuée. Dans le cas contraire, si la valeur de l'immeuble dépasse le quart de la portion dis-

ponible, le légataire doit laisser l'immeuble entier dans la succession, sauf à obtenir en argent le montant de la quotité disponible ; si la valeur de l'immeuble ne dépasse pas ce quart ou lui est inférieure, le légataire peut le retenir en entier à la charge de compléter en argent le montant de la réserve (art. 826). Si, au lieu d'un legs, il s'agit d'une donation faite à un descendant successible, avec dispense de rapport et excédant la quotité disponible, le donataire pourra rendre l'immeuble en nature ou le garder en entier, suivant les mêmes distinctions qui viennent d'être faites (art. 1022).

Toutes ces dispositions, qu'elles concernent le cas du rapport proprement dit ou celui de la réduction, sont fort remarquables, et il n'est pas besoin d'en faire ressortir l'importance. On sait que les économistes, frappés des inconvénients qu'entraînent l'obligation du rapport et l'éventualité d'une réduction, ont voulu, pour les faire disparaître, attaquer le principe même de la réserve et de l'égalité entre les héritiers, et proclamer une prétendue liberté de tester. Le Code italien démontre victorieusement qu'il est possible d'atténuer et même de faire disparaître les inconvénients dont il s'agit sans porter atteinte à la réserve, qui est l'une des bases de la famille, ni à l'égalité entre les héritiers, qui constitue la garantie la plus certaine contre le retour des habitudes féodales. D'ailleurs, et nous tenons à le dire bien haut, quand même le législateur serait impuissant à faire disparaître les fâcheuses conséquences du rapport et de la réduction, nous n'admettrions jamais que des préoccupations purement utilitaires pussent arriver à corrompre les notions les plus certaines du droit, et nous obliger, sous prétexte de progrès, à rétrograder de plusieurs siècles.

§ 6.

I. Des donations. — De la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, et de sa prétendue influence sur certaines solutions du droit moderne.
II. Suite; — De l'irrévocabilité des donations; — sa véritable signification.
III. Suite; — Des donations de biens à venir; en quel sens prohibées.
IV. Suite; — Des donations sous condition potestative; en quel sens prohibées.
V. Le Code italien a eu raison de reproduire, sur tous ces points, la doctrine du Code Napoléon.
VI. Prohibition louable des libéralités entre époux.
VII. Révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.

I. La difficile et importante matière des donations entre-vifs a été réglée dans le Code italien avec la même supériorité que la matière des successions, avec la même entente des vrais principes scientifiques et des besoins économiques de l'époque actuelle.

Le législateur italien a adopté, comme base de la théorie qu'il s'agissait d'édifier, les principales dispositions du Code Napoléon; mais il est vraiment remarquable que les améliorations et innovations qu'il a cru devoir consacrer ne sont pas du tout celles que réclament certains économistes français, et qu'il a, au contraire, nettement répudié les doctrines qui ont une tendance marquée à sacrifier les principes les plus vrais de la science juridique à une prétendue liberté des conventions.

Il n'est pas rare, en effet, d'entendre amèrement critiquer au nom de la liberté des conventions :

1° L'article 894 en tant qu'il déclare que la donation doit être *actuelle et irrévocable;*

2° L'article 943, qui prohibe les donations de biens à venir;

3° L'article 944, qui annule toute donation dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur;

4° L'article 946, aux termes duquel : si le donateur, s'étant réservé la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés, meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra à ses héritiers.....

Ces prescriptions du Code Napoléon sont, dit-on, tout à fait dénuées de raison d'être; elles entravent sans utilité, sans motif, la liberté des conventions; elles ne sont que la conséquence d'une vieille maxime coutumière : *Donner et retenir ne vaut*, qui ne saurait plus, dans notre droit moderne, avoir la moindre signification. Ne serait-il pas temps de faire disparaître de nos Codes ces vestiges étranges d'un système à jamais abrogé!.....

En conséquence, quelques économistes résument ainsi leurs conclusions :

« 1° Abrogation des articles 943, 944 et 946 du Code Napoléon;

« 2° Rétablissement de la loi romaine sur les donations à cause de mort, ou subsidiairement ;

« 3° Faculté pour les donateurs d'instituer contractuellement autrement que par contrat de mariage, c'est-à-dire dans un simple acte notarié, et faculté de faire des donations révocables, comme celles que peuvent faire les époux pendant le mariage [1]. »

[1] Batbie, *loc. cit.*, p. 101.

Le Code italien a pris tout à fait le contre-pied de cette théorie; il a maintenu toutes les dispositions du Code français que l'on présente comme contraires à la liberté des conventions, et il a aboli les institutions contractuelles et les donations entre époux. En agissant ainsi, la loi italienne a une fois de plus affirmé, comme nous allons le démontrer, les vrais principes du droit, et en même temps elle a donné satisfaction aux exigences économiques modernes.

II. Et d'abord est-il bien vrai que les dispositions des articles 894, 943, 944, 946 du Code Napoléon ne puissent s'expliquer que par la vieille maxime : *Donner et retenir ne vaut*, de sorte que ces articles devraient disparaître, par cela seul que la maxime a disparu elle-même?

Il règne sur cette question une équivoque qu'il faut d'abord faire cesser.

Primitivement, la règle coutumière dont on parle, signifiait que le donateur devait se dessaisir immédiatement non-seulement de la propriété, mais même de la possession. En imposant un tel dépouillement au donateur, elle avait pour but de rendre les donations plus rares..... Mais le développement scientifique et pratique du droit, surtout en ce qui touche la théorie de la tradition, altéra peu à peu la signification première de la règle; sa formule fut conservée, mais elle n'eut plus qu'un sens banal, ou plutôt elle n'en eut plus aucun. C'est ce que reconnaissait d'Aguesseau lui-même, le rédacteur de l'ordonnance de 1731, sur les donations. « Tout ce que cette maxime signifie, écrivait-il, c'est que le donateur ne peut se réserver ni la propriété des choses données dans le temps qu'il les donne, ni le droit d'en

priver le donataire quand il le jugera convenable, *et en ce sens la maxime est en quelque sorte de droit naturel*[1]. » La situation était absolument la même quand fut rédigé le Code Napoléon. Il est bien vrai que les rédacteurs de ce Code ont cru, en formulant les solutions critiquées, reproduire certaines conséquences de la maxime : *Donner et retenir ne vaut ;* mais comme depuis longtemps cette maxime ne signifiait plus rien au delà de ses termes, c'est-à-dire qu'elle n'était plus que l'affirmation puérile d'un fait évident, il est arrivé que, sans bien s'en rendre compte, les rédacteurs du Code Napoléon se sont bornés à consacrer des prescriptions qui ne sont que l'application pure et simple des principes généraux. De sorte que, alors même que les dispositions si fort attaquées n'auraient pas été insérées dans le Code, les décisions qu'elles contiennent n'en seraient pas moins nécessairement vraies.

Ainsi, par exemple, l'article 894 déclare que la donation est *irrévocable*... Mais cela, pour être vrai, n'avait pas besoin d'être dit. Tous les contrats sont irrévocables, en ce sens que l'une des parties ne peut pas détruire *unilatéralement* l'avantage qui résulte de la convention ; l'article 894 n'existerait pas, qu'il ne serait pas moins vrai de dire que la donation est irrévocable, de même que la vente, le louage, etc. Une donation qui serait *révocable* aurait d'ailleurs pour effet d'asservir indéfiniment la liberté du donataire, toujours exposé à déplaire au donateur.

III. Mais, dit-on, pourquoi l'article 943 prohibe-t-il les donations de biens à venir ? La raison est bien simple : c'est

[1] *Œuvres*, t. IX, lettre 289e.

parce qu'une telle donation manque d'objet. En effet, pour qu'une obligation existe, il faut un objet certain (art. 1108); il est vrai que l'article 1130 déclare que *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation;* mais il est élémentaire qu'il s'agit dans cet article de choses pouvant être d'ores et déjà déterminées, quoique n'existant pas encore, mais dont l'existence future peut être espérée; ainsi, par exemple, la récolte future de tel champ... Par conséquent, malgré la prohibition de l'article 943, on pourra toujours donner la récolte future d'un champ... Mais donner les biens qu'on n'a pas et qu'on pourra avoir plus tard, c'est ne rien donner du tout, et l'article 943 ne dit pas autre chose; cet article n'existerait pas, qu'il en serait encore de même, par application des principes généraux (art. 1108, 1126, 1129, 1130 C. Nap.). D'ailleurs quels abus n'entraînerait pas la faculté de donner des biens *à venir*, si jamais une telle disposition pouvait trouver place dans nos Codes! Des *libéralités* de ce genre, peu coûteuses assurément pour leurs auteurs, deviendraient souvent un coupable moyen d'influence, et permettraient surtout d'exploiter les donataires assez naïfs pour les accepter sérieusement. Et cependant c'est pour consacrer de pareilles inanités qu'on invoque le grand principe de la liberté des conventions! — Mais, pourrait-on dire, les tribunaux interviendront pour empêcher ces abus... En effet, le résultat le plus clair de ces innovations serait d'augmenter singulièrement les procès, et de mettre journellement les tribunaux dans la nécessité d'atténuer les déplorables effets de l'imprudence du législateur.

IV. Maintenant, comment rendre compte de l'article 944,

déclarant nulles les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de *la seule volonté* du donateur? Qui ne voit que cet article n'est que l'application aux donations du principe général formulé dans l'article 1174, portant que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige? Nous n'ignorons pas que, pour trouver un sens utile à l'article 944, pour éviter de lui faire dire la même chose que l'article 1174, la plupart des auteurs et même des tribunaux décident qu'en matière de donation ce n'est pas seulement la condition *purement* potestative, celle dont l'exécution dépend *ex mera voluntate*, qui annule le lien de droit, mais encore la condition *simplement* potestative, c'est-à-dire celle qui dépend d'un *fait* qu'il serait au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher, et que tel est le sens de l'article 944... Mais cette argumentation repose sur une pétition de principe, et de plus est contraire au texte même de l'article 944, qui parle de la *seule volonté*... Ainsi donc encore, quand même l'article 944 n'existerait pas, la solution qu'il consacre n'en serait pas moins vraie, d'après les principes généraux.

Quant à l'article 946, ce que nous venons de dire nous dispense d'une nouvelle argumentation. Du moment que la donation ne peut être faite sous une condition purement potestative, il est certain que si le donateur s'est réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, cela veut dire que cet effet n'est pas donné; que le lien de droit ne s'est pas formé quant à cet effet, puisqu'il dépend de la volonté du donateur de n'être pas obligé à cet égard. Donc, la chose réservée est en dehors de la donation, elle est de-

meurée dans son patrimoine, et par conséquent, si elle y est encore au moment de sa mort, elle doit passer à ses héritiers, et pas n'était besoin de l'article 946 pour que cette solution fût vraie.

V. On voit donc que ces prétendues entraves apportées à la liberté des conventions n'existent pas ; que les dispositions, en apparence restrictives, que les rédacteurs du Code Napoléon croyaient être la conséquence de la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, ne sont que la reproduction pour les donations des règles les plus élémentaires ; et cela ne doit pas nous surprendre, puisque déjà, en 1731, d'Aguesseau reconnaissait que cette fameuse maxime n'exprimait plus que des vérités évidentes *d'après le droit naturel!*..... Par conséquent les restrictions qui primitivement avaient été formulées dans le but principal de conserver les biens dans les familles, et qui semblaient faire partie d'un même système politique avec les *réserves coutumières*, la règle *Paterna paternis*, les *substitutions*, le *droit d'aînesse*, etc., ces restrictions, disons-nous, combinées avec les institutions modernes, ont seulement pour but aujourd'hui d'assurer la liberté civile des parties.

C'est donc avec raison que la loi italienne a reproduit purement et simplement la définition et les décisions du Code Napoléon dont nous venons de parler (art. 1050, 1064, 1066, C. ital.); elle aurait même pu se dispenser de reproduire ces décisions puisqu'elles sont la conséquence forcée des principes. Il est bon cependant qu'elles aient été formulées en texte de loi, parce qu'après les critiques mal fondées dont elles ont été l'objet, on aurait pu les croire abrogées, si

on ne les avait pas retrouvées dans les termes mêmes du Code [1].

VI. La loi italienne est allée encore plus loin; reconnaissant que l'irrévocabilité est de l'essence des donations, elle a déclaré par l'article 1054 que les époux ne pourront durant le mariage se faire l'un à l'autre aucune libéralité, si ce n'est par testament.

Nous croyons qu'il faut approuver cette disposition, et qu'il est temps de s'affranchir de l'influence exercée sur la question par les fluctuations de la jurisprudence romaine.

Une donation révocable n'est pas en effet une véritable donation; c'est une pure manifestation d'intention qui ne deviendra efficace que par la mort du donateur, en supposant qu'il n'ait pas changé d'opinion. La donation doit être, comme tout autre contrat, nécessairement irrévocable.

Or, il est manifeste qu'on ne saurait permettre aux conjoints de s'adresser l'un à l'autre de semblables libéralités; nous n'avons pas besoin d'insister sur les motifs connus

[1] M. Gide, parlant des restrictions apportées à la faculté de disposer, s'exprime ainsi : « Pourquoi disputer au propriétaire l'un de ses plus précieux priviléges, celui de la bienfaisance? Le législateur italien a-t-il donc ici abjuré les principes de liberté civile qu'il a proclamés partout ailleurs? Loin de là, il a voulu protéger la liberté et les droits de la famille contre les dispositions arbitraires de l'un de ses membres; il a voulu protéger la liberté du donateur lui-même contre le danger des captations... » — On ne saurait mieux dire; mais alors pourquoi ajouter tout de suite : « Peut-être le législateur a-t-il dépassé le but, et toute réflexion faite, je pense que la règle *Donner et retenir ne vaut*, issue du droit coutumier et faite surtout pour assurer la conservation des biens dans les familles, se trouve quelque peu déplacée dans le Code italien. » *Loc. cit.*, p. 25, texte et note 1.

d'une telle prohibition. Mais du moment qu'ils peuvent disposer au profit l'un de l'autre au moyen d'un testament, il est complétement inutile de fausser les règles de la donation en introduisant à leur égard des donations révocables. Remarquons de plus que le Code italien ayant complétement assuré à tous les points de vue la position du conjoint survivant, il n'y a plus un aussi grand intérêt à faciliter les donations entre époux, surtout celles qui ne deviennent définitives que par le prédécès du conjoint donateur.

Enfin ce qu'il nous est tout à fait impossible de comprendre, c'est qu'on ait songé à généraliser une dérogation qui n'avait d'abord été admise que pour les époux, et qu'on demande pour les donateurs la liberté de ne faire que des donations révocables *ad nutum!* Il faudrait donc, sous prétexte de liberté, faire revivre au dix-neuvième siècle cette vieille inutilité des donations à cause de mort, cette invention hybride tenant du testament autant que de la convention, réunissant les inconvénients de l'un et de l'autre, fatale surtout à la liberté du disposant, qui se trouve amené à faire un testament sous la forme d'un contrat...

VII. Ce qu'il y a de plus singulier, c'est que les mêmes écrivains qui réclament la révocabilité absolue des donations, protestent contre la révocation pour cause de survenance d'enfants :

« De même que je voudrais laisser au donateur une grande liberté pour faire ses dispositions, dit M. Batbie, ainsi je trouverais bon qu'on respectât sa volonté une fois manifestée. Comment justifier la révocation des donations pour survenance d'enfants, surtout l'effet rétroactif qui emporte tous les

droits réels conférés sur l'immeuble par le donataire? Les espérances que la donation avait fait naître, seront détruites par la naissance d'un enfant; les établissements formés grâce aux biens donnés, sont troublés, et pour favoriser les enfants nés contrairement à toute attente, on dépouille les enfants nés du mariage que la donation avait déterminé. Cette menace de révocation est même de nature à empêcher des établissements, et force à employer des moyens détournés (tels que l'achat de valeurs au porteur), pour éviter l'éventualité de cette donation. En deux mots, je demande que le donateur puisse, s'il le veut, ne faire que des donations révocables; mais s'il a fait une donation irrrévocable, que sa volonté soit exécutée et qu'on ne lui réserve pas un moyen de troubler des existences qu'il a fondées, et des ménages qui ne se seraient pas fondés sans sa libéralité [1]. »

Le Code italien ne s'est pas laissé entraîner aussi loin que le voudraient ces nouvelles doctrines; il a maintenu la révocation pour cause de survenance d'enfants, sauf toutefois à l'égard des donations faites en faveur du mariage (art. 1087), et il a étendu avec raison la règle que notre article 958 n'a édictée que pour le cas d'ingratitude. Par conséquent, la révocation, soit pour ingratitude, soit pour survenance d'enfants, soit pour inexécution des charges, ne préjudiciera pas aux droits réels acquis sur l'immeuble donné antérieurement à la transcription de la demande (art. 1080 et 1088 C. ital.).

Cependant, nous reconnaîtrons sans peine que le Code Napoléon contient au sujet de la révocation pour cause de survenance d'enfants quelques dispositions peu rationnelles

[1] *Loc. cit.*, p. 105.

Ainsi la révocation est opérée de plein droit (art. 960), elle est maintenue malgré la mort de l'enfant du donateur (art. 964), et par conséquent le donataire, qui est, en fait, demeuré en possession, ne pourra échapper à la nécessité de rendre les choses données qu'après une possession de trente années (art. 966). Le Code italien a cherché au contraire à atténuer autant que possible toutes les conséquences trop rigoureuses de la révocation. D'abord elle n'a pas lieu de plein droit, mais doit être demandée (art. 1083, 1085 C. ital.). En second lieu, l'action en révocation est éteinte par le décès de l'enfant et de ses descendants, et par l'expiration du délai de cinq ans à partir de la naissance du dernier enfant (art. 1090 C. ital.).

§ 7.

I. Des obligations. — Le Code italien ne présente pas en cette matière de notables innovations. — De l'erreur de droit dans les contrats.
II. Du terme. — Du paiement et de la subrogation.
III. Des actions en nullité et en rescision.
IV. De la preuve. — La preuve écrite est préférée à la preuve testimoniale.
V. Suppression de la formalité des doubles écrits dans les actes relatifs à des conventions synallagmatiques.
VI. De l'inutilité et de l'immoralité du serment *in litem*.

I. La théorie des obligations, quoique des plus importantes au point de vue du droit privé, n'était pas de nature à présenter de grandes difficultés aux rédacteurs du Code italien. La matière, en effet, a été élaborée par les jurisconsultes romains avec tant de profondeur, qu'on peut la considérer comme formant en quelque sorte aujourd'hui la

partie géométrique du droit. La gloire de notre illustre Pothier est précisément d'en avoir admirablement systématisé les règles. Les rédacteurs de notre Code ont à leur tour suivi Pothier ; et dans son rapport au Sénat italien, M. Vacca déclarait avec raison que ce qu'il y avait de mieux à faire était de ne pas s'écarter de tels modèles. Aussi aurons-nous très-peu d'observations à faire sur cette partie du Code italien. Les innovations n'ont porté en effet que sur des dispositions de détail, et ne sont pas de nature à influer beaucoup sur les doctrines juridiques.

La théorie du consentement a été établie conformément aux principes consacrés par le Code Napoléon. Néanmoins l'article 1109 semble avoir voulu innover en déclarant que : *l'erreur de droit entraîne la nullité du contrat, mais seulement lorsqu'elle en est la cause unique ou principale.* « Une telle disposition, dit M. Curcio, marque l'ère nouvelle et plus humaine qui s'est ouverte pour la législation ; ainsi se trouve abandonné le dur apophthegme : *Ignorantia juris non excusat*, dérivant de la présomption que tous les citoyens connaissent la loi, tandis qu'au contraire si, à propos de la connaissance du droit, il y avait lieu d'établir une présomption, on pourrait la fonder sur une réalité en présumant toujours et pour tous l'*ignorance du droit*. Le nouveau Code, continue M. Curcio, a ainsi consacré un immense progrès, non-seulement sur le droit romain, mais encore sur le Code napolitain qui n'admettait pas l'ignorance du droit, et sur le Code piémontais qui ne l'admettait qu'avec quelque confusion. Le Code italien l'a au contraire admise nettement et sans restriction ; délivrant ainsi l'activité humaine du joug rigide résultant du principe formulé

par Paul : *Regula est juris ignorantiam cuique nocere : facti vero ignorantiam non nocere*[1]. »

Il nous est impossible, nous devons le déclarer, de voir là un progrès aussi considérable, et même la véritable portée juridique d'une telle disposition nous paraît difficile à saisir. D'abord, en matière civile, la règle que *nul n'est censé ignorer la loi*, et que l'erreur de droit ne peut être invoquée, signifie en général que personne ne peut puiser dans son ignorance, ou dans une fausse notion du droit ou de la loi, le principe d'un droit contre un tiers. Mais il importe de ne pas perdre de vue que l'erreur de droit peut se présenter dans les contrats et en dehors des contrats. Or les principales difficultés que présente l'*erreur de droit*, ont trait aux hypothèses où elle est constatée en dehors de tout fait contractuel. Dans quelques cas, elle est considérée comme pouvant être la condition de la bonne foi. Ainsi, par exemple, en matière de mariage putatif on admet généralement que la bonne foi peut résulter aussi bien d'une erreur de droit que d'une erreur de fait. Mais il y aura toujours cette différence que la bonne foi devra toujours être présumée dans le cas d'erreur de fait, tandis qu'elle devra être prouvée dans le cas d'erreur de droit.

Mais en matière d'obligations conventionnelles, l'erreur de droit a un tout autre caractère. Remarquons d'abord qu'elle peut porter :

1° Sur les motifs de la convention ;

2° Sur les effets juridiques du contrat ;

3° Sur la *cause* de l'obligation.

[1] *Lettere*, p. 73, 74.

Il est élémentaire que l'erreur *sur les motifs de la convention* ne doit pas être confondue avec l'erreur *sur la cause de l'obligation.*

Or quelle est l'erreur dont parle le Code italien ? C'est, d'après l'article 1109, celle qui a été la *cause* unique ou principale du *contrat.* Ce n'est donc pas celle qui a porté sur la *cause de l'obligation,* dont s'occupe d'ailleurs plus bas l'article 1109. Déjà d'après la théorie depuis longtemps admise sur la cause, l'erreur de droit aussi bien que l'erreur de fait est un motif de restitution. On peut remarquer à ce sujet, que l'erreur de droit sur la cause n'est guère possible qu'en matière de paiement ou de faits contractuels se rapprochant du paiement, tels que la novation.

Ainsi une prestation peut être effectuée à titre de paiement par suite d'une erreur de droit ; une novation peut aussi avoir eu pour base, par l'effet d'une erreur de droit, la croyance à l'existence d'une dette antérieure. Dans tous ces cas celui qui a versé dans une erreur de droit pourra obtenir d'être restitué, soit en vertu de la règle générale sur la cause, formulée dans l'article 1119, soit en vertu des dispositions spéciales relatives au paiement de l'indu. Mais il n'en serait pas ainsi en matière de compensation ; car l'article 1295 reproduit notre article 1299 aux termes duquel : « Celui qui a payé une dette éteinte de droit par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une *juste cause* d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. » — Or

une erreur de droit n'est pas la *juste* cause d'ignorance dont parle la loi.

Ainsi donc le nouveau principe proclamé par l'article 1109 que l'erreur de droit est un motif de restitution dans les contrats, ne trouve pas d'application aux hypothèses où l'erreur de droit a porté sur la cause, puisque ces hypothèses sont réglées par des dispositions spéciales.

Ce principe s'appliquerait-il au cas où l'erreur de droit aurait porté sur les effets juridiques du contrat? Ainsi, par exemple, le vendeur d'un immeuble a déclaré vendre *sans garantie*, croyant, par suite d'une erreur de droit, qu'une telle clause a pour effet nécessaire d'exonérer de l'obligation de restituer le prix. Est-ce que, en cas d'éviction, il pourrait invoquer son erreur de droit pour retenir le prix?.....

Le nouveau principe de l'article 1109 ne pouvant donc s'appliquer ni à l'erreur sur la cause de l'obligation, ni à l'erreur sur les effets juridiques du contrat, n'a donc été formulé que pour s'appliquer à la lettre, suivant son texte, aux motifs de la convention ou du contrat. Or on sait que l'erreur de fait, quand elle porte sur les motifs qui poussent une partie à contracter, ne peut pas être une cause de restitution, donc à plus forte raison doit-il en être ainsi dans le cas où il y a eu erreur de droit, et l'article 1109 n'a pas été rédigé dans le but de décider le contraire. Par conséquent cet article était inutile si l'on admet qu'il fait double emploi avec l'article 1119 sur la *fausse cause;* dans le cas contraire il est dangereux, car on ne voit pas clairement à quels rapports juridiques il pourrait s'appliquer. Il est d'ailleurs impossible d'assimiler complétement l'erreur

de droit à l'erreur de fait, et le Code italien lui-même a dû consacrer les distinctions reçues en décidant que l'aveu peut être rétracté pour cause d'erreur de fait, mais non pour erreur de droit (art. 1360), et que la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit (art. 1772).

II. La règle *Dies interpellat pro homine*, abrogée par le Code Napoléon et vue avec défaveur par la plupart des législations modernes, a été au contraire admise par le nouveau Code italien. L'article 1223 décide en effet que dans les obligations consistant à donner ou à faire, le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme fixé dans la convention. Néanmoins quand l'échéance n'arrive qu'après la mort du débiteur, l'héritier n'est mis en demeure que par une sommation ou autre acte équivalent, et seulement huit jours après la sommation. Le législateur a été bien inspiré en s'affranchissant de cette maladroite sollicitude pour les débiteurs, sollicitude qui rend toujours le crédit plus difficile, et les capitalistes plus soupçonneux. Plus grandes seront les facilités accordées aux créanciers pour recouvrer promptement ce qui leur est dû, et plus ils seront portés à se dessaisir de leurs fonds au profit de ceux qui en ont besoin.

Pour les mêmes motifs nous approuvons complétement le silence gardé par le Code italien au sujet du *délai de grâce;* car, sauf le cas de résolution d'un contrat par l'effet de la condition résolutoire tacite (art. 1165, § 3), le Code italien n'admet pas que les juges puissent disposer en quelque sorte des droits du créancier en accordant des délais aux débiteurs et en modifiant les conséquences juridiques de la mise en demeure.

C'est pourquoi les dispositions du Code Napoléon, qui accordent à cet égard une certaine latitude aux magistrats, n'ont pas été reproduites. Rien ne saurait donc retarder le paiement, si ce n'est la bienveillance du créancier lui-même [1].

A propos du paiement, nous avons remarqué quelques changements dans la théorie de la subrogation. Ainsi, quand la subrogation conventionnelle émane du débiteur, il n'est pas nécessaire, comme le veut l'article 1250, § 2, Code Napoléon, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire ; il suffit, et avec raison, qu'ils aient l'un et l'autre date certaine (art. 1252). Mais ce n'est là qu'un détail bien secondaire. Ce qu'il y a de plus grave, c'est la disposition de l'article 1254, § 2, portant que : lorsque le créancier subrogeant n'a reçu qu'un paiement partiel, il n'est pas préféré au subrogé, et que tous deux concourent ensemble en proportion de ce qui leur est dû. Cette solution est évidemment une conséquence de certaines doctrines qui considèrent la subrogation comme une espèce de cession fictive. Mais nous croyons cette doctrine erronée; la subrogation provient d'un paiement, et ne change pas la

[1] « Nous déplorons profondément, dit M. Boissonade, la disparition des délais de grâce. Il y a en effet des cas où cette innovation sera fort regrettable, par exemple au cas où un propriétaire revendiquant son immeuble contre un usufruitier ou un possesseur de bonne foi, sera tenu, conformément aux articles 502 et 705 du nouveau Code, de lui rembourser, sans délai, une plus-value souvent considérable résultant de dépenses utiles. » *Loc. cit.*, p. 11. — Dans ces hypothèses le possesseur jouit du droit de rétention pour être payé de ses impenses (art. 706); il est manifeste que la présence du droit de rétention serait exclusive de tout délai de grâce, quand même la faculté d'accorder une telle faveur aurait été conservée aux tribunaux.

nature du fait qui lui a servi de base; *Nemo censetur subrogasse contra se*, voilà la véritable règle, et le Code Napoléon a bien fait de la reproduire dans l'article 1252. Qu'on ne dise pas que l'abrogation d'une telle règle rendra les subrogations plus fréquentes, parce qu'elle rend meilleure la condition du subrogé; c'est tout le contraire qui arrivera, car elle aura pour effet de rendre les créanciers plus difficiles, et il est manifeste qu'ils ne voudront jamais recevoir un paiement partiel, du moment que ce paiement partiel compromettra la rentrée complète du solde.

III. La théorie des actions en nullité et en rescision a été améliorée, surtout en ce qui touche les mineurs ; et plusieurs des controverses qui se sont élevées à ce sujet ont été tranchées par le Code italien.

D'abord, la durée de l'action a été limitée à cinq ans (art. 1300). Il est naturel, en effet, comme M. Vacca le faisait observer, qu'à une époque où tout progrès dans la vie sociale se traduit en une conquête sur l'espace ou sur le temps, on ne veuille plus maintenir l'immobilité des anciens délais qui n'ont plus la même raison d'être.

Toutefois, l'exception de nullité n'est pas soumise à cette prescription particulière de cinq ans.

Pour les mineurs, l'action en nullité est admise :

1° Lorsqu'un mineur non émancipé a fait seul un acte sans l'intervention de son légitime représentant ;

2° Lorsqu'un mineur émancipé a fait seul un acte pour lequel la loi exigeait l'assistance du curateur;

3° Lorsque les formalités voulues par une disposition par-

ticulière de la loi n'ont pas été observées à l'occasion d'un acte intéressant un mineur (art. 1303).

Quant à l'action en rescision, elle n'est admise, même quand il s'agit de mineurs, que dans les cas spécialement prévus par la loi (art. 1307).

IV. En ce qui touche l'organisation de la preuve, le Code italien montre une assez grande méfiance à l'égard de la preuve testimoniale, et, autant qu'il le peut, il exige une preuve écrite. Ainsi, nous avons vu que la perte de la nationalité par le simple établissement en pays étranger sans esprit de retour a été maintenue ; mais que la preuve de l'intention ne peut résulter que d'une déclaration faite devant la municipalité de son domicile ; que la preuve du changement de domicile ne peut pas, comme chez nous, résulter des circonstances, mais seulement des déclarations voulues. Enfin, on n'a pas oublié que l'article 54 refuse toute action en indemnité pour cause d'inexécution d'une promesse de mariage quand la promesse n'a pas été faite par écrit.

Les dispositions spéciales sur la preuve écrite sont bien plus accentuées que dans notre Code Napoléon. L'article 1314 déclare que, devront être rédigés en acte public ou privé, *sous peine de nullité :*

1° Les conventions relatives au transfert de la propriété des immeubles et autres biens susceptibles d'hypothèque ;

2° Les conventions relatives aux servitudes personnelles ou réelles ;

3° Les renonciations à ces mêmes droits ;

4° Les baux d'immeubles excédant neuf années ;

5° Les contrats de société ayant pour objet une exploitation d'immeubles et devant avoir une durée indéterminée ou excédant neuf années ;

6° Les contrats de rente ;

7° Les transactions;

8° Enfin les autres actes spécialement indiqués par la loi.

Les motifs qui ont fait exiger pour ces sortes de conventions une preuve écrite sont tout à fait plausibles, et nous ne songerons ni à les contester, ni même à les atténuer. « Parfois, dit avec raison M. Gide, le législateur italien semble aller contre son but et gêner la liberté des parties par les formalités multipliées qu'il leur impose. Mais si vous y regardez de plus près, vous vous apercevrez bientôt que ces formalités mêmes, quelque gênantes qu'elles paraissent, n'ont pour but et pour résultat final que de rendre les transactions plus faciles en les rendant plus sûres[1]. » — Nous voulons bien l'admettre, et appliquer ces observations à l'exigence d'une preuve écrite pour la plupart des contrats. Mais, il nous semble que le principe de la liberté civile des conventions étant d'un ordre infiniment supérieur, il suffisait de prohiber l'emploi de tout autre genre de preuve ; car, ce qui nous paraît exorbitant, c'est la nullité prononcée pour le cas où la convention n'aurait pas été constatée par écrit. Nous pensons qu'il eût fallu, dans ce cas, réserver au moins l'efficacité de l'aveu et du serment, puisque le nouveau code a jugé à propos de conserver le serment.

V. A l'égard des actes sous seing privé, le Code italien n'a pas voulu reproduire la disposition de notre article 1325

[1] *Loc. cit.*, p. 26.

qui exige que les actes sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, soient rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Nous approuvons beaucoup cette simplification. Seulement, il est manifeste qu'elle a été inspirée par un esprit tout autre que celui qui a fait exiger un écrit pour un grand nombre de conventions, et que, sous ce rapport, le Code italien ne montre pas une parfaite unité de vues.

Quant à la preuve testimoniale, elle est réglée absolument comme dans le Code Napoléon, si ce n'est qu'on a élevé à cinq cents francs la valeur au delà de laquelle elle n'est pas admise.

VI. Nous ne dirons rien des autres moyens de preuve qui ne présentent aucune innovation particulière ; nous parlerons seulement du serment qui a été conservé par la loi italienne, sans qu'il y ait peut-être de bien bonnes raisons pour maintenir dans les législations modernes cette institution surannée. On peut en effet sérieusement contester la moralité et l'utilité du serment *en matière civile*, du *juramentum in litem*.

D'abord il n'est pas très-facile de régler la manière dont le serment doit être prêté, c'est-à-dire son *rite*. C'est probablement pour cela que le Code italien a imité sur ce point le silence prudent du Code Napoléon. Qui ne connaît cependant les innombrables difficultés que présente la pratique du serment suivant les diverses religions professées par les parties provoquées à le prêter en justice ?

En second lieu, on peut admettre, si l'on y tient, que la sainteté du serment est entière et inspire toute confiance, lorsque le serment est déféré par la justice dans un intérêt

social, c'est-à-dire : la manifestation de la vérité soit au criminel, soit au civil, et que celui qui va le prêter est personnellement désintéressé dans la question. — Mais quand un individu prête serment dans sa propre cause, il n'en est plus ainsi. La sincérité du serment peut toujours être plus ou moins suspectée, et il est immoral de mettre une personne entre sa conscience et son intérêt.

Un serment déféré est presque toujours prêté ; et comme celui qui défère le serment se déclare également disposé à le prêter de son côté, le public est fâcheusement impressionné, et le plus honnête homme du monde qui n'a pu gagner le plus juste des procès qu'en prêtant serment en justice laisse toujours à l'audience un lambeau de sa réputation. Il en est de même pour le serment déféré par le juge, car presque toujours les deux parties sont également prêtes à prendre la Divinité à témoin de la légitimité de leurs prétentions.

Aussi rien de plus triste que la pratique du serment, surtout devant les juridictions inférieures.

Nous ne pouvons voir dans une telle institution qu'un reste des *purgationes* de l'époque barbare. Autrefois on exigeait en matière criminelle que l'accusé prêtât serment de dire la vérité dans l'interrogatoire qu'il allait subir. Cette monstruosité a disparu. Mais il existe encore quelque chose d'analogue en matière civile, c'est le *juramentum in litem ;* son abrogation sera, nous le pensons, une chose morale et salutaire.

---

§ 8.

I. Du contrat de mariage. — Le Code italien ne reconnaît pas de régime légal.
II. Cette absence de régime légal est louable en Italie.
III. Du régime dotal; inaliénabilité de la dot.
IV. Du régime de la communauté; entraves apportées dans ce régime à la liberté des parties.

I. Les habitudes séculaires de l'Italie, bien différentes de nos traditions coutumières, commandaient au législateur italien de s'écarter, pour le contrat de mariage, du système suivi par le Code Napoléon. En France, le régime dotal a été toléré plutôt qu'admis par la loi; et dans le silence des parties, la communauté forme le régime légal des époux. L'Italie aurait certes pu adopter légitimement la solution directement opposée. Mais elle a préféré, et avec raison, se placer en pareille matière *sur le terrain neutre de la liberté ;* c'est du moins ce que déclara M. Vacca devant le Sénat.

Les rédacteurs du Code italien étaient loin de méconnaître les inconvénients du régime dotal; mais dans la terre classique de la dotalité, il ne pouvait être question de faire disparaître le dogme de l'inaliénabilité de la dot. Quant au régime de la communauté, introduit par la domination française, il n'avait pas été tout à fait repoussé, mais cependant il n'était jamais entré bien profondément dans les mœurs privées. En conséquence, le Code italien s'est borné à organiser deux régimes, le régime dotal et le régime de la communauté. Mais l'un et l'autre ne pourront jamais être que conventionnels; il n'existe pas de régime légal.

Dans le silence des parties, la loi ne veut rien supposer, rien présumer, pas plus le régime dotal que le régime de la communauté. Sous quel régime les conjoints seront-ils alors mariés? La loi ne le dit pas formellement, car elle se borne à tracer dans deux chapitres distincts les règles de la dotalité et celles de la communauté, et nulle part elle ne prévoit l'hypothèse d'un mariage conclu sans contrat préalable. Cependant, comme l'article 1425 déclare que tous les biens de la femme non constitués en dot sont paraphernaux, il faut admettre que, s'il n'y a pas eu contrat de mariage, ou si le contrat n'adopte ni le régime dotal ni celui de la communauté, les biens de la femme seront régis par les principes de la paraphernalité qui sont identiques à ceux que notre Code a consacrés. Seulement la contribution de la femme aux charges du ménage est différemment réglée. L'article 1575 du Code Napoléon porte en effet que si tous les biens de la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. On sait qu'il peut y avoir quelque difficulté dans le cas où ce tiers serait insuffisant. La loi italienne se borne à déclarer que les deux conjoints doivent contribuer aux charges du ménage, chacun en proportion de sa fortune (art. 1426 et 138).

II. Le procédé qui consiste à n'admettre, en cas de silence des conjoints, aucun régime légal, nous paraît bien préférable au procédé contraire du Code français.

Nous ne tenons pas beaucoup au régime dotal, qui nous choque non-seulement parce qu'il entrave les affaires, mais

encore et surtout parce qu'il affaiblit le sentiment de la responsabilité individuelle. Mais le régime de la communauté ne nous paraît pas plus particulièrement séduisant qu'un autre. On répète, il est vrai, que le mariage étant le *consortium totius vitæ, divini et humani juris communicatio*, il est naturel qu'à la communion des sentiments, des intérêts et des espérances corresponde une communauté de biens. Ces banalités sentimentales nous touchent peu, et nous ne voyons aucun rapport entre les intérêts pécuniaires et les affections du cœur. La manière dont la communauté est constituée par le Code Napoléon prouve d'ailleurs la fausseté de ce point de vue. Pourquoi, en effet, les meubles sont-ils communs et les immeubles propres ? Parce que les conjoints sont présumés n'avoir voulu mettre en communauté que les éléments les moins importants de leur patrimoine, *mobilium vilis possessio*, et se réserver en propre tout le reste... Voilà ce qu'on répond toujours, et rien n'est plus vrai ; mais que deviennent alors le *consortium totius vitæ* et la prétendue nécessité de mettre en commun le patrimoine aussi bien que les sentiments ?...

Aussi nous pensons qu'il faut adopter un point de vue un peu plus sérieux. Le but de tout régime matrimonial est de déterminer la contribution de la femme aux charges du ménage et le mode d'administration de ses biens. Eu égard à la contribution aux charges du ménage, le principe de justice qui domine la matière est celui-ci : Chacun des deux époux doit y contribuer en proportion de sa fortune. Le régime dotal peut être, pour la femme, tantôt extensif de cette contribution, si tous ses biens sont dotaux, tantôt restrictif, si les paraphernaux sont plus importants. Le régime de la com-

munauté est toujours extensif de cette contribution, puisque la femme doit alors concourir aux dépenses avec la propriété et les fruits de tous ses biens devenus communs, et les fruits de tous ceux qui lui sont restés propres. Dans un pays où les droits du conjoint survivant ont été oubliés, comme en France, le régime en communauté est le meilleur, parce que chacun des conjoints sera intéressé à faire prospérer la communauté, pour venir, en cas de veuvage, prendre sa part d'un actif considérable. Une communauté à liquider sera la seule ressource du conjoint survivant. Mais dans un pays comme l'Italie, où le conjoint survivant a toujours une part assurée soit en propriété, soit en usufruit, il n'est pas besoin du régime en communauté pour intéresser l'un des conjoints à la prospérité du patrimoine de l'autre ; cet intérêt existe en dehors de la nature du régime adopté. Donc, il n'y avait pas de raison pour préférer tel régime à tel autre, et la loi a bien fait de laisser les parties tout à fait indépendantes, et de ne pas chercher à présumer et à interpréter leur volonté [1]. — Il est du reste permis de penser que les inconvénients du régime dotal d'une part, et d'autre part le peu d'initiative laissé à la femme sous le régime en communauté, auront pour conséquence de donner à la *paraphernalité* une extension de plus en plus considérable ; de telle sorte que la paraphernalité est appelée à devenir, dans un système tel que celui de la loi italienne, le plus fréquent et le plus important de tous les régimes matrimoniaux ; car

[1] « Ce système, dit M. Boissonade, est en somme bien préférable au nôtre qui suppose aux époux, mariés sans contrat, l'intention d'adopter la communauté dont ils sont le plus souvent bien loin de connaître les règles et les conséquences. » *Loc. cit.*

c'est celui qui est le plus en harmonie avec les tendances actuelles vers une légitime émancipation de la femme [1].

III. La dotalité a été réglée par le Code italien à peu près de la même manière que par le Code Napoléon. Seulement, les termes de la loi ne laissent plus de place à la controverse sur le point de savoir si la dot mobilière est aliénable ou inaliénable.

« *La dot*, dit l'article 1404, *peut être aliénée ou hypothéquée, si l'aliénation ou l'hypothèque a été permise dans le contrat de mariage.* » Cette disposition ne peut évidemment concerner que les immeubles; mais l'article 1405 est conçu d'une manière plus générale :

« *En dehors des cas prévus par l'article précédent*, porte l'article 1405, LA DOT ET LES REPRISES DOTALES DE LA FEMME *ne peuvent, durant le mariage, être aliénées ni engagées au profit de qui que ce soit. Les sûretés de la dot ne peuvent être réduites ni restreintes, sinon du consentement du mari et de la femme, et en vertu d'une décision du tribunal, qui ne pourra accorder son autorisation que dans les cas de nécessité ou d'utilité évidentes.* »

La loi italienne n'a donc pas voulu prévoir, comme la loi française, les cas limités où l'aliénation de la dot pourrait être autorisée; elle accorde plus de latitude aux juges qui auront seulement à constater la nécessité et l'utilité *évidentes*. Aussi la jurisprudence des tribunaux aura-t-elle sur ce point une importance exceptionnelle. Il n'y a pas d'inconvénient à étendre beaucoup, dans une telle matière, les pouvoirs du

[1] Voy. CURCIO, *loc. cit.*, p. 33.

juge. L'intervention de l'autorité judiciaire, dégagée d'entraves, apportera dans l'application un heureux tempérament à la rigueur du principe de l'inaliénabilité. Les tribunaux seront nécessairement les organes des besoins sociaux, et leur jurisprudence, toujours fondée sur l'appréciation des faits particuliers, pourra sauvegarder le principe sans compromettre les intérêts individuels.

Enfin, l'article 1407, § 3, déclare qu'après la dissolution du mariage le paiement des obligations contractées par la femme durant le mariage pourra être poursuivi sur les biens qui constituaient la dot. Par conséquent, la dissolution du mariage a pour effet immédiat de dépouiller les biens constitués en dot du caractère de dotalité ; et il en résulte que c'est seulement la concession d'hypothèques ou de droits particuliers sur les biens dotaux qui est prohibée par la loi italienne. Les biens dotaux ne cessent pas, dès lors, de figurer comme éléments de crédit dans le patrimoine de la femme dotale ; en s'obligeant, elle oblige aussi tous ses biens, y compris les biens dotaux ; seulement, en ce qui concerne ces derniers, les voies d'exécution sont suspendues pendant toute la durée du mariage. Cette décision atténue dans une certaine mesure, il faut le reconnaître, les inconvénients justement reprochés au régime dotal. — Mais, si précieuse que soit cette décision pour le crédit des deux époux, n'est-elle pas sans danger ? N'ouvre-t-elle pas au mari une voie détournée pour dissiper la dot, en empruntant sous la caution de sa femme ? Non, répond M. Gide ; et le Code italien a su précisément parer à ce danger de la manière la plus heureuse. D'après ce Code, en effet, une femme ne peut s'obliger dans l'intérêt de son mari sans que la justice autorise

son engagement; il faut donc distinguer parmi les engagements que contracte la femme italienne, ceux qu'elle souscrit pour son propre compte et ceux qu'elle forme dans l'intérêt et sous l'influence de son mari : les premiers sont valables, bien que dépourvus de l'homologation judiciaire, seulement leur effet sur la dot demeure paralysé tant que durent le mariage et l'inaliénabilité dotale ; les seconds, au contraire, faute d'homologation, sont nuls dans leur principe, et restent nuls à toujours, puisque la femme était incapable de les contracter. Donc, conclut M. Gide : « au point de vue scientifique comme au point de vue pratique, ce système paraît bien supérieur au nôtre, car il distingue nettement deux notions que la loi et la jurisprudence françaises ont trop souvent confondues, l'incapacité de la personne et l'inaliénabilité de la chose [1]. »

IV. Le régime de la communauté légale n'a pas été aussi libéralement réglé que le régime dotal, et il est fâcheux que les rédacteurs du Code italien aient cru nécessaire de recourir sur ce point à des dispositions restrictives de la liberté des parties.

Ainsi, l'article 1433 défend aux époux d'établir par leur contrat de mariage une communauté universelle, si ce n'est pour les profits (*gli utili*).

Si les époux se bornent à déclarer qu'ils adoptent le régime de la communauté, sans entrer à cet égard dans aucune réglementation de détail, il faudra appliquer les règles du contrat de société (art. 1434). Mais, dans tous les cas, il leur est interdit de faire tomber en communauté quoi

[1] *Loc. cit.*, p. 28.

que ce soit de leur actif ou passif présent, ni rien de ce qui peut leur advenir par succession ou donation durant la communauté. Il suit de là que la communauté se trouve forcément réduite aux fruits de tous les biens meubles ou immeubles, présents et futurs, et aux acquêts réalisés pendant sa durée (art. 1435 et 1436).

Il est certain que de semblables prohibitions doivent singulièrement simplifier l'organisation de la communauté; toutefois, il nous paraît difficile de les justifier. Pourquoi entraver ainsi la volonté des époux et les empêcher de faire entrer, s'ils le veulent, dans la communauté tout ou partie de leurs biens présents et futurs? Quel intérêt politique ou économique pouvait-il y avoir à restreindre ainsi leur liberté? Nous avouons ne pas le comprendre. Dira-t-on que la communauté est antipathique aux populations italiennes, et que leurs habitudes résistent à un tel régime? Nous le croyons volontiers; mais raison de plus pour laisser les rares personnes qui voudront adopter le régime de la communauté libres de l'organiser au gré de leurs désirs.

La matière de la séparation de biens, soit dans le cas de régime dotal, soit dans le cas de communauté, est traitée, à peu de chose près, comme dans le Code Napoléon. Il convient seulement de remarquer que l'article 1421 s'est borné à reproduire le premier alinéa de notre article 1446, qui défend aux créanciers personnels de la femme de demander la séparation de biens sans son consentement. Le deuxième alinéa qui, dans le cas de faillite ou de déconfiture du mari, les autorise à exercer les droits de leur débitrice *jusqu'à concurrence* du montant de leurs créances, a été omis avec raison dans le nouveau Code.

§ 9.

I. Des contrats. — Du contrat de vente.
II. Des ventes entre époux.
III. Nullité de la vente de la chose d'autrui. — Caractère de cette nullité.
IV. Du pacte de rachat.
V. Rescision de la vente pour cause de lésion.
VI. Du transport des créances.
VII. Du retrait litigieux.

I. Le contrat de vente ne devait pas provoquer de bien notables changements. Les principes qui lui servent de base ont été, en effet, si nettement établis par les jurisconsultes romains, et en général si bien formulés dans les Codes modernes, qu'il est vraiment difficile d'innover en pareille matière. Le législateur n'aura guère autre chose à faire qu'à reviser la formule pour la rendre plus claire et surtout plus concise en faisant disparaître un grand nombre de dispositions vagues ou inutiles. Parmi ces dernières, celle de l'article 1589 du Code Napoléon, portant que *la promesse de vente vaut vente*, est pour la doctrine l'une des plus embarrassantes. Comme elle est le reflet d'une vieille controverse du droit coutumier français, les rédacteurs du Code italien n'avaient pas à s'en occuper, et c'est avec raison qu'ils ne l'ont pas reproduite dans leur œuvre. Les principes généraux doivent suffire pour résoudre toutes les difficultés d'interprétation que pourraient présenter les promesses de vente.

II. Cependant il existe encore en matière de vente quelques solutions de détail, admises par certaines législations,

repoussées par d'autres, qui alimentent toujours la controverse. Ainsi, par exemple, la vente doit-elle être permise entre époux? Le Code Napoléon ne l'a pas cru, parce que si ce contrat avait été toléré, il aurait offert aux époux un moyen trop facile : 1° de se faire, à l'aide de ventes simulées, des libéralités excédant la quotité disponible entre eux (art. 1094, 1098 C. Nap.); 2° d'imprimer à ces libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur refuse (art. 1096 C. Nap.); 3° de frauder leurs créanciers en faisant passer la fortune de l'époux qui a des dettes dans le patrimoine de celui qui n'en a pas. Ces trois espèces de fraudes sont également à craindre sous l'empire de la loi italienne; on sera même d'autant plus porté à l'éluder qu'elle est plus sévère que la loi française, puisqu'elle prohibe tout à fait les donations entre époux. Cependant le Code italien n'a pas cru devoir reproduire la prohibition contenue dans le Code Napoléon, et en conséquence le contrat de vente n'est pas le moins du monde défendu entre époux. Il convient d'ailleurs de remarquer qu'une vente conclue entre mari et femme réalise l'un de ces cas prévus par l'article 136, où il y a opposition d'intérêt entre les deux conjoints, et où par conséquent il y a nécessité d'obtenir l'autorisation de la justice.—Les ventes entre époux ne seront donc valables que si elles ont été homologuées par les tribunaux compétents; cette intervention nécessaire de la justice a paru constituer une garantie suffisante que les prohibitions de la loi ne seraient pas éludées par des ventes simulées. C'est pour cela que les rédacteurs du Code italien ont cru peu convenable de présumer que toutes les ventes conclues entre époux ne pouvaient s'expliquer que par une

pensée de fraude. Ils ont trouvé exagérée la défiance du Code Napoléon; ils ont préféré, ainsi que le proclamait M. Vacca, admettre la sincérité des actes humains, surtout quand il s'agit de ces actes qui se produisent dans l'intimité des affections domestiques... Certes de tels sentiments sont des plus louables; mais un Code civil ne doit pas être influencé par des questions de délicatesse. Or, si nous mettons de côté les circonstances particulières dans lesquelles le Code Napoléon permet exceptionnellement la vente entre époux, on devra reconnaître qu'il est presque toujours bien difficile de rendre compte des motifs qui ont pu conduire l'un des conjoints à vendre sa chose à l'autre... Qu'on ne dise pas que l'intervention de la justice rendra impossibles les abus que le Code Napoléon a voulu empêcher en prohibant les ventes entre époux, et que d'ailleurs les intéressés seront toujours admis à prouver la simulation ou la fraude, sans qu'on puisse leur opposer un jugement d'homologation qui ne pourrait avoir force de chose jugée à leur égard. Un tel remède est en effet bien grave, et nous craignons que la tolérance du Code italien ne soit la cause de nombreux procès qui seront tout à fait regrettables, car ils obligeront la justice à porter souvent un œil indiscret sur les actes accomplis dans cette intimité du foyer domestique que l'on voulait respecter. Presque toutes les ventes entre époux seront attaquées, et alors il faudra, pour en apprécier la validité, pénétrer les secrets des familles, rechercher curieusement l'origine des deniers, etc., etc. Et on verra souvent des actes de vente homologués par la justice, annulés plus tard par cette même justice [1]! Ne valait-il pas mieux procéder

[1] L'inconvénient serait encore plus grave, si l'on décidait que l'ho-

plus radicalement en prohibant tout contrat de vente entre personnes réunies par des liens aussi étroits que ceux dérivant du mariage ? Remarquons d'ailleurs que cette suspicion légitime qui pèse sur les époux qui veulent faire ensemble un acte de vente, pèse également sur d'autres personnes, et même avec plus de rigueur. Ainsi la loi italienne a admis la légitimité de ce soupçon à l'égard des administrateurs de la fortune d'autrui, et de tous ceux qui concourent à l'administration de la justice. Les raisons, à notre avis, sont bien plus fortes pour prohiber la vente entre époux.

III. La nullité de la vente de la chose d'autrui a été, selon nous, mieux formulée par le Code italien que par le Code français. L'article 1459 du Code italien déclare, en effet, que la vente de la chose d'autrui est nulle, qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts si l'acheteur ignorait que la chose appartenait à autrui, *mais que dans aucun cas la nullité ne pourra être opposée par le vendeur.* Cette dernière précision démontre clairement qu'il ne saurait être ici question d'un cas d'inexistence de la vente, mais seulement d'un cas d'annulabilité purement relative. Il est impossible, en effet, de soutenir sérieusement que la vente de la chose d'autrui est frappée d'une nullité radicale. L'existence de l'obligation de garantie, *qui est de la nature de la vente*, le prouve surabondamment. L'obligation de garantie n'est pas autre chose qu'une forme parti-

mologation de la justice a pour effet de rendre irrecevable toute plainte ultérieure des intéressés. On sait en effet comment sont rendus les jugements d'homologation ou autorisation, et combien il est facile d'obtenir de semblables décisions en l'absence de contradicteur sérieux.

culière de l'obligation générale de *faire valoir* le contrat, forme particulière qui consiste dans la *délivrance continue* de la chose vendue. Or, cette obligation générale de *faire valoir* suppose que le contrat *vaut*, au moins tant qu'il n'est pas annulé. S'il y avait, en effet, nullité radicale dérivant de l'absence de consentement, de cause ou d'objet, etc., le contrat n'existant pour aucune des parties, l'obligation de faire valoir ou de garantir n'existerait pas; l'existence de la garantie suppose donc l'existence de la vente, car il serait absurde qu'un contrat inexistant produisît les effets *dérivant de sa nature*. La vérité est donc que la vente de la chose d'autrui est seulement annulable pour cause d'erreur ayant porté *sur une qualité substantielle* de la chose vendue. L'acheteur croyait que cette chose appartenait au vendeur, et que par conséquent il en deviendrait lui-même propriétaire [1].

De là il suit nécessairement :

1° Que le vendeur ne peut jamais proposer lui-même la nullité. Le Code italien a été bien inspiré en mettant ce point en relief;

2° Que celui qui a acheté *sciemment* une chose qui n'appartenait pas au vendeur, ne saurait être admis à demander la nullité du contrat.

Cette seconde conséquence est contredite, en apparence, par le texte de l'article 1599 du Code Napoléon reproduit par

[1] Telle est l'opinion qui tend à prévaloir dans l'École. M. Boissonade pense néanmoins qu'il s'agit là d'une nullité radicale fondée sur le *défaut de cause*. Il admet même qu'il pourrait bien y avoir encore une autre raison de nullité radicale dans l'*objet*, comme n'étant pas *dans le commerce du vendeur*. *Loc. cit.*

l'article 1459 du Code italien. Ces textes déclarent en effet que l'acheteur, *quand il a été de bonne foi,* peut demander des dommages-intérêts ; d'où il semble résulter que, *lorsqu'il a su que la chose n'appartenait pas au vendeur*, il ne peut pas, il est vrai, demander des dommages-intérêts, mais qu'il peut toujours demander la nullité. Nous pensons que ce raisonnement n'est pas fondé, et que le législateur français a seulement mal exprimé une pensée juste en elle-même.

Il ne faut pas oublier qu'avant l'introduction de l'action en nullité, l'action en garantie existait déjà. L'acheteur de la chose d'autrui ne pouvait agir en garantie contre son vendeur que lorsqu'il était évincé, et alors il pouvait toujours réclamer la restitution du prix, et de plus, s'il avait été de bonne foi, des dommages-intérêts. Or, il y avait des inconvénients à ne permettre à l'acquéreur de bonne foi d'agir contre son vendeur que dans le cas d'éviction. Le vendeur, en effet, solvable aujourd'hui, peut bientôt cesser de l'être, et, de plus, l'acheteur sachant qu'il n'est pas devenu propriétaire, sera porté à laisser improductive pendant le temps voulu pour la prescription acquisitive, une chose dont il peut être dépouillé à chaque instant. Il fallait donc permettre à l'acheteur de bonne foi d'agir tout de suite. Tel est le but unique de l'article 1599. Le législateur voulait seulement exprimer cette idée que l'acheteur de bonne foi devait pouvoir obtenir *tout de suite*, au moyen de l'action en nullité, autant que par l'action en garantie. Voilà pourquoi l'article 1599 déclare que l'acheteur de bonne foi pourra obtenir des dommages-intérêts, et nous croyons que l'article 1459 du Code italien devra être entendu dans le même

sens; seulement, il est fâcheux que les rédacteurs de ce Code n'aient pas adopté une formule plus précise.

IV. Le Code italien a maintenu la validité du pacte de rachat ou de réméré, et la rescision de la vente pour cause de lésion. Le maintien du pacte de rachat ne peut s'expliquer que par un hommage rendu à la liberté des conventions; car autrement il est difficile de concevoir à notre époque l'utilité de cette convention toujours suspecte, tout au plus tolérable tant que la notion du crédit est demeurée nébuleuse, et qui constitue aujourd'hui un véritable anachronisme. Aussi la commission du Sénat avait-elle cru devoir proposer la prohibition pure et simple de tout pacte de réméré. Mais cet avis n'a pas prévalu, parce que les inconvénients du réméré n'étaient pas assez graves pour qu'on restreignît à cet égard la liberté des parties. Nous n'avons pas d'objection à faire contre cette solution. Mais il n'en est pas de même en ce qui touche la rescision pour cause de lésion, si mal à propos imaginée par des rescrits impériaux, inspirés peut-être par des considérations purement personnelles [1].

V. Il est véritablement impossible de justifier la rescision des conventions pour cause de lésion. L'ancienne jurisprudence l'avait si bien compris, qu'elle n'avait trouvé d'autre

[1] Il faut remarquer en effet que les rescrits de Dioclétien et de Maximien qui ont introduit la rescision pour cause de lésion, et qui forment dans le Code Justinien les lois 2 et 8, *de rescindenda venditione*, 4, 44, n'ont pas été insérés dans le Code Théodosien, qui renferme au contraire plusieurs constitutions postérieures consacrant les vrais principes et repoussant la lésion.

moyen pour arriver à rompre les contrats sous prétexte de lésion, que d'employer l'intervention du prince à qui il fallait demander, même dans les pays de droit écrit, où le droit romain était observé, ce qu'on appelait des *lettres de rescision*. La rescision n'était en réalité qu'un abus de la force, un acte d'autocratie et de bon plaisir, et il est vraiment singulier que les lois nouvelles en aient conservé la trace. Il est juste, sans doute, que dans les contrats commutatifs chaque partie reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. Mais il n'y a que les parties elles-mêmes qui peuvent être juges de cet équivalent. Lorsque le contrat a été librement formé, qu'il est exempt d'erreur et de dol, on ne voit pas comment on viendrait le rompre sous prétexte de lésion. Nous ne voulons pas répéter ce qui a été si justement dit sur la difficulté, ou mieux sur l'impossibilité de mesurer la valeur vénale des choses. Nous préférons nous placer sur le terrain des principes.

Un propriétaire est obligé par les circonstances de mettre sa chose en vente et de l'abandonner à vil prix... Est-il juste, dit-on, que ce malheureux soit victime de la dureté des temps et que l'acheteur s'enrichisse à ses dépens ? Mais ne dirait-on pas que c'est l'acheteur qui est en faute, que c'est lui qui a pris l'initiative, et qu'il a sollicité le vendeur pour lui arracher un consentement ? N'est-ce pas tout le contraire qui est arrivé ? Quand une chose dont personne n'a besoin est offerte à vil prix, elle ne vaut pas en réalité davantage. L'acheteur, obsédé par les sollicitations, peut-être indiscrètes, du vendeur, n'a été déterminé à acheter une chose dont il n'avait aucun besoin que par l'extrême abaissement du prix ; et même en consentant à prendre la chose

propos de droits de créance, offensent toujours la délicatesse du sentiment juridique. L'une des circonstances qui expliquent le mieux l'incontestable supériorité scientifique du droit romain classique, c'est qu'il rendait impossible la moindre confusion entre les droits de créance et les droits réels. Les procédés employés pour créer les uns et les autres et pour les transférer étaient tout à fait distincts ; le droit moderne, au contraire, reconnaissant à la volonté humaine une égale puissance dans toutes les hypothèses, a décidé que les droits réels comme les droits de créance pourraient être créés et transférés par la seule force du consentement. Aussi n'est-il plus possible, aujourd'hui, de déterminer la nature d'un droit d'après le mode employé pour le constituer, et à chaque instant, dans la pratique, on voit s'établir la plus déplorable confusion entre les droits réels et les droits de créance. Le seul moyen de sauvegarder la pureté des principes toujours menacée par cette confusion, c'est de veiller avec scrupule sur l'exactitude du langage juridique, de n'employer que des expressions rigoureusement appropriées au sujet et d'éviter surtout les équivoques. Il ne suffit pas, en effet, pour qu'une loi soit bien faite, que ses prescriptions soient, en elles-mêmes, en harmonie avec les vrais principes, il faut de plus qu'elles soient formulées d'une manière irréprochable.

VII. Le Code italien a conservé le *retrait litigieux*, dont la suppression a été cependant demandée par plusieurs économistes qui le considèrent comme contraire à la liberté des conventions. Nous avons applaudi à la disparition du *retrait successoral*, mais nous croyons au contraire que la

moyennant un tel prix, il a rendu service au vendeur. De quel droit viendrait-on plus tard lui demander la restitution de la chose ou un supplément de prix ? Admettre une telle solution, c'est décréter l'emprunt forcé entre particuliers, c'est faire du socialisme au nom d'une fausse philanthropie[1].

VI. En ce qui touche le transport des créances et autres droits incorporels, nous n'aurons à faire qu'une seule observation. Le Code italien, influencé par la formule adoptée dans le Code Napoléon, a eu le tort, croyons-nous, de se servir dans une telle matière d'expressions qui sont tout à fait impropres lorsqu'on les applique aux droits de créance. L'article 1538 dit en effet : « La vente ou cession d'une créance, d'un droit ou d'une action est parfaite, et la *propriété* en est acquise de droit à l'acheteur ou cessionnaire, du moment qu'on est d'accord sur la chose et sur le prix, quand même la *possession* n'aurait pas encore été transférée. La *possession* est transférée par la remise du titre. » Ces locutions *possession* et *propriété* ainsi employées à

[1] Les économistes repoussent en général la rescision pour cause de lésion ; mais il semble, au moins pour certains, que ce soit plutôt par instinct que par une véritable intelligence de la situation. Il en est qui pensent en effet, que si un immeuble avait été vendu dans un moment de crise politique où la propriété foncière était dépréciée, le vendeur serait autorisé à demander la rescision du contrat dans les deux années si, les circonstances venant à changer, la propriété reprenait faveur. C'est là ce qui les indigne, oubliant que pour savoir s'il y a eu lésion, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente (art. 1675 C. N., — 1530 C. ital.), et que dès lors, dans l'espèce prévue, il n'y aurait pas lieu à rescision. Par conséquent, puisqu'ils voient l'abus là où il n'est pas, il n'est pas sûr qu'ils le voient là où il est.

propos de droits de créance, offensent toujours la délicatesse du sentiment juridique. L'une des circonstances qui expliquent le mieux l'incontestable supériorité scientifique du droit romain classique, c'est qu'il rendait impossible la moindre confusion entre les droits de créance et les droits réels. Les procédés employés pour créer les uns et les autres et pour les transférer étaient tout à fait distincts ; le droit moderne, au contraire, reconnaissant à la volonté humaine une égale puissance dans toutes les hypothèses, a décidé que les droits réels comme les droits de créance pourraient être créés et transférés par la seule force du consentement. Aussi n'est-il plus possible, aujourd'hui, de déterminer la nature d'un droit d'après le mode employé pour le constituer, et à chaque instant, dans la pratique, on voit s'établir la plus déplorable confusion entre les droits réels et les droits de créance. Le seul moyen de sauvegarder la pureté des principes toujours menacée par cette confusion, c'est de veiller avec scrupule sur l'exactitude du langage juridique, de n'employer que des expressions rigoureusement appropriées au sujet et d'éviter surtout les équivoques. Il ne suffit pas, en effet, pour qu'une loi soit bien faite, que ses prescriptions soient, en elles-mêmes, en harmonie avec les vrais principes, il faut de plus qu'elles soient formulées d'une manière irréprochable.

VII. Le Code italien a conservé le *retrait litigieux*, dont la suppression a été cependant demandée par plusieurs économistes qui le considèrent comme contraire à la liberté des conventions. Nous avons applaudi à la disparition du *retrait successoral*, mais nous croyons au contraire que la

loi italienne a bien fait de maintenir le retrait litigieux, qui nous paraît de nature à empêcher souvent des actes d'oppression. C'est en cela que consiste pour nous l'unique utilité de cette institution. Les acheteurs de procès peuvent en effet obéir souvent à un sentiment d'hostilité contre le prétendu débiteur plutôt qu'à une pensée de spéculation, et dans cette hypothèse l'exercice du retrait litigieux nous apparaît comme l'une des manifestations du droit de légitime défense.

§ 10.

I. De l'emphytéose.
II. Du louage; restrictions regrettables édictées à l'égard de ce contrat.
III. Des contestations en matière de bail verbal; — dérogation aux articles 1715 et 1716 du Code Napoléon.
IV. De l'affirmation du maître; suppression de la disposition de l'article 1781 du Code Napoléon.
V. Du bail à colonat.
IV. Des autres contrats ; — suppression de l'article 1975 en matière de rente viagère.
VII. Du contrat d'assurance.
VIII. Du prêt à intérêt. — Liberté absolue quant à la fixation du taux de l'intérêt heureusement proclamée par le Code italien.

I. Les rédacteurs du Code italien, avant de parler du louage, ont consacré un titre particulier à l'emphytéose. Ce n'est pas cependant sans difficulté que ce contrat a été admis, et la commission du Sénat en avait même proposé la suppression, et rattaché au contrat ordinaire du louage tous les baux à longs termes conçus de n'importe quelle manière.

Il est certain que le législateur ne doit pas facilement sanctionner des conventions qui peuvent gêner, à la longue, la liberté des parties et compromettre l'indépendance de la propriété. Mais, d'un autre côté, l'emphytéose peut rendre d'immenses services appliquée aux terres incultes qu'il s'a-

git de défricher et mettre en valeur. Or, les terres de cette nature sont très-considérables en Toscane et en Sicile, et le législateur a pensé, avec raison, que l'usage des baux emphytéotiques pourrait en faciliter beaucoup le défrichement. Il ne faudrait pas croire cependant que l'emphytéose ne puisse être employée que pour les terres incultes, et non pour les terres déjà mises en culture ; la définition qu'en donne la loi italienne le démontre clairement. « *L'emphytéose*, dit en effet l'article 1556, *est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds le concède à perpétuité ou pour un temps à un autre*, *à la charge par ce dernier de l'améliorer et de payer une redevance annuelle en argent ou en denrées.* »

Puisqu'il suffit que le concessionnaire s'oblige à *améliorer* le fonds, c'est qu'il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un fonds encore tout à fait inculte.

Le Code italien considère l'emphytéose comme opérant, au profit du concessionnaire, un véritable transfert du domaine utile sur la chose. En conséquence, l'emphytéote peut disposer du fonds à lui concédé et de ses accessoires, soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté (art. 1562). Mais comme de pareilles concessions sont tout à fait contraires à l'esprit moderne, surtout quand elles sont perpétuelles, l'article 1564 accorde, dans tous les cas, la faculté de rachat à l'emphytéote. « *L'emphytéote*, dit ce texte, *peut toujours racheter le fonds emphytéotique en payant un capital en argent correspondant à la redevance annuelle.* »

Cette faculté de rachat établit, on le voit, une certaine analogie entre le contrat de rente perpétuelle et l'emphytéose. Cependant, il y a lieu de faire une observation toute naturelle : d'après les principes généralement admis

dans l'ancien droit, la transmission du domaine utile avec réserve d'une redevance annuelle et perpétuelle empêchait la convention de constituer une emphytéose proprement dite. Le Code italien a eu parfaitement le droit de modifier sur ce point les principes constitutifs d'une telle convention. Cependant les mœurs modernes, qui répugnent à de semblables concessions perpétuelles, exigeaient impérieusement un correctif; ce correctif a été trouvé dans la faculté de rachat accordée au concessionnaire. Mais si l'on conçoit clairement la nécessité de la faculté de rachat pour atténuer les inconvénients de l'emphytéose perpétuelle, on ne voit pas du tout pourquoi la même faculté a été admise pour le cas d'emphytéose même temporaire. Dans cette dernière hypothèse, en effet, il n'y a pas de raison pour permettre à l'une des parties de se soustraire unilatéralement à l'exécution de son obligation.

De son côté, le concédant peut, si l'emphytéote n'use pas de la faculté de rachat, reprendre la possession de l'immeuble dans les deux cas suivants :

1° Si l'emphytéote, régulièrement interpellé, demeure pendant deux années sans payer la redevance;

2° S'il détériore le fonds, ou bien s'il n'exécute pas l'obligation qu'il a prise de l'améliorer.

Telles sont les règles tracées par le Code italien au sujet de l'emphytéose. Il en résulte que le caractère juridique de la convention et du droit désignés par cette dénomination a été modifié assez profondément. Sous l'empire du Code Napoléon, on peut soutenir que l'emphytéose a été supprimée. Cependant elle existe en fait, et même elle est assez fréquente dans certains départements. Mais il ne faudrait

pas appliquer en France les principes formulés par la loi italienne. Ainsi, l'emphytéose ne pourrait pas chez nous être établie à perpétuité, mais seulement pendant un temps limité; cela résulte de plusieurs lois promulguées pendant la période intermédiaire. Par conséquent, alors que dans le droit italien moderne la faculté de rachat est une preuve de l'existence de l'emphytéose, dont elle est une condition essentielle; dans notre droit français, au contraire, au moins d'après la doctrine la plus généralement adoptée et la plus sûre, la stipulation formelle d'une telle faculté devrait être considérée comme exclusive de toute idée d'emphytéose.

II. Pour le contrat de louage, le Code italien s'est montré beaucoup plus étroit que pour l'emphytéose. Ainsi, d'après l'article 1571 : « *Les locations d'immeubles ne pourront jamais excéder trente ans; celles qui seraient faites pour un temps plus considérable seraient réductibles au terme indiqué. Toute convention contraire est nulle.*

Néanmoins, s'il s'agit de la location d'une maison pour l'habitation, il peut être convenu que la location durera pendant toute la durée de la vie du locataire, et même pendant les deux années qui suivront son décès.

« *Quant aux locations de terrains tout à fait incultes, sous la condition qu'ils seront défrichés et mis en culture, elles peuvent être faites pour plus de trente ans, mais jamais pour plus de cent ans.* »

Toutes ces dispositions nous paraissent beaucoup trop restreindre les droits de la volonté privée. Sans doute, le louage doit être essentiellement temporaire; un louage perpétuel équivaudrait au transfert de la propriété utile, et par

conséquent il faudrait, dans cette hypothèse, reconnaître la faculté de rachat au prétendu fermier. Or, pourvu que le louage soit fait pour un temps seulement, peu importe la durée de ce temps; pourquoi en limiter la durée à trente ans dans un cas, à cent ans dans un autre, et quelquefois à la vie du locataire? Il est vrai que les baux de trop longue durée peuvent devenir fâcheux pour l'une des deux parties ou pour l'autre, et surtout pour les héritiers; on voit souvent en effet des héritiers obligés d'entretenir pendant de longues périodes d'années des baux extrêmement onéreux, et que peuvent rendre plus onéreux encore de nouvelles conditions économiques. Il est manifeste que le nouveau Code n'a pas voulu permettre aux particuliers d'engager ainsi l'avenir pour trop longtemps. Mais comme les baux à très-long terme présentent toujours un caractère plus ou moins aléatoire, et qu'il y a là une chance égale des deux côtés, on ne voit pas pourquoi on empêcherait les parties de traiter sur les bases qu'il leur plaît d'adopter. Enfin, même en acceptant le système de la loi italienne, il semble qu'on puisse critiquer encore la façon dont elle a cru devoir l'organiser. Le deuxième paragraphe de l'article 1571 déclare que, par exception, le bail pourra durer autant que la vie du locataire dans le cas seulement où il s'agira de la location d'une maison *pour l'habitation*... Pourquoi ne pas avoir étendu cette solution au moins au cas où il s'agira d'employer les locaux à l'exploitation d'une industrie? Tout le monde sait que, dans les villes même d'une médiocre importance, un *emplacement* convenable et bien *achalandé*, une *situation* heureuse, peuvent avoir une véritable valeur industrielle. Rien d'aussi commun que les cessions avantageuses de baux de location;

une *fin de bail* peut être quelquefois une cause de ruine pour certains genres de commerce. Par conséquent rien ne doit gêner les parties qui voudraient faire un bail à long terme, et les dispositions qui viennent restreindre sur ce point la liberté des contrats, ont pour résultat le plus clair l'abaissement d'une valeur industrielle qu'il eût été plus politique de protéger.

Qu'on ne dise pas qu'il était nécessaire de limiter ainsi la durée du bail pour le distinguer de l'emphytéose. Car d'abord l'emphytéose peut aussi être temporaire; mais ce qui aurait dans tous les cas empêché la confusion, c'est que, d'après la loi italienne, l'emphytéose emporte toujours l'aliénation du domaine utile, et par conséquent le droit de rachat pour l'emphytéote, tandis qu'il n'aurait jamais pu en être ainsi pour le bail ordinaire, quelque longue qu'eût été sa durée; même dans le cas où le bail peut être fait pour cent ans, il diffère toujours de l'emphytéose en ce qu'il n'engendre jamais qu'un droit de créance et non un droit réel [1]. Nous croyons donc que les restrictions dont nous venons de parler sont regrettables à plus d'un point de vue ; et, de même que les prohibitions que nous avons rencontrées à propos de la communauté entre époux, elles paraissent peu en harmonie avec l'esprit libéral qui distingue presque toujours le Code italien.

La plupart des dispositions du titre du *Louage*, qu'elles aient trait aux baux à ferme ou aux baux à loyer, au louage d'ouvrage ou d'industrie, ou au cheptel, sont presque littéralement extraites du Code Napoléon, et nous n'avons que peu d'innovations principales à signaler.

[1] Voy. Curcio, p. 23.

III. La première est la suppression de la disposition gênante contenue dans l'article 1715 du Code Napoléon. D'après cet article : « si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. » — Le Code italien a mieux fait de laisser une telle hypothèse sous l'empire du droit commun en matière de preuve.

Il a agi de même à propos de l'article 1716 du Code Napoléon. « Lorsqu'il y aura contestation, dit ce texte, sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts ; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. » — Il est manifeste qu'une semblable inégalité entre le propriétaire et le locataire, n'est justifiée par aucune considération sérieuse. Le palliatif résultant d'une expertise que pourra provoquer le locataire est illusoire; car l'éventualité de supporter des frais relativement considérables engagera toujours le locataire à s'abstenir ou à offrir plus qu'il ne doit.

IV. Le Code italien a encore supprimé la disposition formulée dans l'article 1781 du Code Napoléon, d'après lequel le maître est cru sur son affirmation : pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés pour l'année courante. On sait combien cet article a soulevé en France d'énergiques protestations ;

tous les jours, des pétitions sont adressées au Souverain ou aux grands corps de l'État, qui réclament au nom de l'égalité l'abrogation d'une disposition odieuse. Nous approuvons complétement toutes les raisons sur lesquelles on s'appuie pour demander la suppression de l'article 1781 ; mais il ne faut pas non plus céder à un entraînement irréfléchi, et il nous paraît qu'il serait injuste, c'est-à-dire contraire à l'égalité, d'enlever au maître toute garantie pour le laisser à la merci d'un serviteur infidèle.

Supposons, en effet, qu'un domestique réclame le paiement de l'année échue, et que le maître oppose qu'il a payé... Si l'on veut appliquer les principes généraux reçus en matière de preuve, la position sera bien simple, le domestique qui est demandeur aura bientôt prouvé le fondement juridique de sa demande, qui consiste dans le fait d'avoir servi le maître, au vu et su de tout le monde, pendant toute l'année échue. Ce sera donc au maître qui oppose le paiement à prouver le fait de sa libération. Or, comment s'y prendra-t-il pour administrer cette preuve ? Dans l'usage les maîtres ne retirent jamais quittance de leurs serviteurs ; et, en fait, ce n'est pas, d'ordinaire, en présence de témoins qu'ils leur remettent le montant de leurs gages. Par conséquent, tandis que le domestique demandeur a toujours une preuve toute faite, le maître défendeur est nécessairement dénué de tout moyen de preuve... Est-ce que le principe d'égalité ne serait pas offensé par une telle situation ?... Personne n'oserait sérieusement le contester. Il faut donc, pour rétablir l'égalité, accorder aux maîtres une garantie particulière. Tel a été le but très-légitime de l'article 1781. Toute la question est de savoir si le moyen employé pour attein-

dre ce but a été bien choisi, et s'il ne faut pas reconnaître qu'il blesse, dans une certaine mesure, le sentiment égalitaire français. Pour avoir une opinion raisonnée sur ce point, il serait utile de savoir quel est, annuellement, le nombre de procès dans lesquels les maîtres invoquent le bénéfice de l'article 1781. Une statistique bien faite sur ce point démontrerait, nous en sommes convaincu, le peu de danger pratique de cette disposition. Cependant il n'y aurait pas d'inconvénient, il y aurait même avantage à donner satisfaction à des susceptibilités respectables, en abrogeant l'article 1781, mais à la charge de remplacer la juste garantie qu'il accorde aux maîtres par une autre dont la forme serait moins blessante. Quelle devrait être cette autre garantie?

Le Code italien contient, à propos du bail à colonat, quelques dispositions réglementaires où l'on pourrait trouver le germe d'un système nouveau pour la solution de toutes les contestations pouvant s'élever entre les maîtres et les serviteurs qu'ils emploient n'importe à quel titre.

Voici quelles sont ces dispositions :

Article 1662. *Le livret du bailleur, s'il contient les divers articles de crédit et de débit, avec l'indication, pour chacun, de l'époque et de la cause, et si les mêmes articles ont été successivement transcrits sur le livret qui doit rester entre les mains du colon, fait pleine preuve tant en faveur du bailleur que contre lui, pourvu que le colon n'ait pas réclamé avant l'échéance des quatre mois depuis le dernier article.*

Le livret gardé par le colon fera pareillement preuve, pourvu qu'il ait été écrit par le bailleur de la manière susindiquée.

Si le livret de l'une des parties n'est pas représenté parce qu'il a été perdu ou pour toute autre cause, il faudra s'en tenir à l'autre livret.

Article 1663. *Le livret tenu par le bailleur et le colon dans la forme ci-dessus prescrite, fait preuve également des pactes et conventions particulières intervenus entre eux.*

Ne pourrait-on pas adopter l'idée qui sert de base à ces dispositions ; ordonner en conséquence que les maîtres et les serviteurs seraient tenus d'avoir chacun un livret sur lequel seraient mentionnés le point de départ des services loués, le montant des gages et les paiements effectués ? Déclarer que foi pleine et entière serait accordée aux livrets ainsi régulièrement tenus, et qu'à défaut de livrets on appliquerait les principes ordinaires sur la preuve ? On pourrait ainsi abroger sans inconvénient l'article 1781, et alors, si, faute d'avoir tenu régulièrement leur livret, les maîtres se trouvaient dans l'impossibilité d'établir leur libération vis-à-vis de leurs serviteurs, ils ne pourraient s'en prendre qu'à eux-mêmes, puisque la loi leur aurait offert un moyen facile de se procurer une preuve écrite.

V. C'est au milieu des règles concernant le bail à colonat (*mezzadria o masseria o colonia*) que nous avons trouvé la mention relative aux livrets dont il vient d'être parlé. Le Code italien consacre, en effet, un chapitre spécial à ce genre de bail, dont il est à peine fait mention dans le Code Napoléon. Les nombreux détails dans lesquels sont entrés sur ce point les législateurs italiens démontrent toute l'importance qui lui est attribuée en Italie. Nous avons du reste

fait plus d'une fois remarquer combien, sur toutes les matières intéressant l'agriculture, le Code italien, inspiré par la législation sarde, l'emporte sur les autres Codes de l'Europe. On pourrait peut-être trouver que la loi italienne s'est montrée sur ce point trop minutieuse, et qu'elle aurait mieux fait de s'en rapporter plus souvent aux usages locaux. Nous croyons toutefois que lorsqu'il s'agit de régler les rapports si multiples et si variés qui s'établissent entre le propriétaire et ceux qui, par leur travail, doivent féconder le sol, le législateur ne doit pas être avare de décisions; rien n'est au-dessous de lui ni indigne de ses prescriptions. Il lui appartient d'influer sur les vieux usages par une réglementation plus savante et plus juste; et, pourvu qu'il laisse à la volonté des parties toute son indépendance, il ne sort pas de son rôle s'il cherche à présumer ou à interpréter cette volonté quand elle n'a pas été manifestée d'une manière expresse. C'est ce qu'a fait le Code italien quand il a si bien tracé les règles du colonat; c'est ce qu'il aurait fait pour toutes les parties du contrat de louage, s'il n'avait pas édicté les restrictions dont nous avons parlé.

Nous devons remarquer enfin que les rédacteurs du nouveau Code n'ont pas été influencés par certaines doctrines qui, en vue de quelques conséquences utilitaires dont l'importance a été singulièrement exagérée, se sont efforcées de dénaturer le vrai caractère juridique du contrat de louage pour en faire résulter un droit réel au profit du locataire ou fermier. Un tel contrat ne peut que créer des rapports obligatoires. Aussi la loi italienne ne l'a pas soumis à la nécessité de la transcription comme *acte constitutif de droits réels*, mais seulement à raison de l'intérêt que peu-

vent avoir les tiers à le connaître quand il est fait pour un certain nombre d'années (plus de neuf ans, art. 1932, § 5).

VI. Le Code italien, après avoir traité du louage, s'occupe ensuite successivement,

de la société,
du mandat,
de la transaction,
de la constitution de rente,
de la rente viagère,
du jeu et du pari,
du commodat,
du prêt de consommation et à intérêts,
du dépôt et du séquestre,
du gage et de l'antichrèse
et du cautionnement.

Pour toutes ces matières, le Code Napoléon a été fidèlement suivi dans toutes ses dispositions; le travail des rédacteurs du Code italien a consisté seulement à éliminer certains articles paraissant inutiles, comme n'étant que la conséquence de principes déjà posés.

Nous devons cependant faire remarquer que l'article 1975 du Code Napoléon, aux termes duquel : *toute rente viagère est nulle lorsqu'elle a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat*, n'a pas trouvé place dans le nouveau Code italien. Le motif de cette suppression est facile à comprendre. En effet, quoique personne ne puisse contester la légitimité de la solution contenue dans l'article 1975 lorsqu'on l'examine théoriquement, il faut ce-

pendant reconnaître que l'efficacité pratique de cette même solution est fort douteuse. Il est bien difficile de pouvoir affirmer avec certitude qu'une personne était, au moment du contrat, atteinte d'une maladie dont elle est précisément morte dans les vingt jours. La mort peut résulter d'une tout autre cause, et quelque confiance qu'on ait dans les données de la médecine, il serait peut-être téméraire d'asseoir une décision sur des relations médico-légales toujours quelque peu hypothétiques ; et il n'est rien de plus scabreux que le jugement des procès auxquels donne lieu l'article 1975 ; aussi est-il peut-être préférable de refuser l'action, à cause de la difficulté de la preuve, et d'éviter ainsi des procès dans lesquels la lumière ne pourrait être faite.

VII. Au sujet des contrats aléatoires, M. Curcio regrette avec raison que le Code italien, qui s'occupe seulement du jeu et du pari, n'ait pas jugé à propos de réglementer le *contrat d'assurance*, surtout quand il a pour objet la *vie humaine*. C'est là, en effet, une grave lacune, d'autant plus grave, que les difficultés les plus sérieuses peuvent s'élever tous les jours en cette matière. Aussi eût-il été à souhaiter qu'un *titre* spécial fût consacré dans le Code aux *assurances* que l'on pourrait appeler *civiles* par opposition à celles dont le caractère est manifestement *commercial*. La plus importante de toutes ces assurances est sans contredit celle qui est faite *sur la vie* ou à propos de la vie humaine ; aussi n'est-il pas inutile de rechercher comment aurait pu être remplie la lacune que nous venons de signaler.

On a agité et l'on agite encore la question de savoir si les

assurances sur la vie sont valables. Mais il faut, avant tout, trancher une question préalable qui n'a pas encore été clairement posée ; cette question est celle-ci :

Les conventions connues sous le nom d'*assurances sur la vie* constituent-elles de véritables contrats d'assurance ?

Nous n'hésitons pas à répondre : non. Sans doute quelques conventions de ce genre pourraient présenter tous les caractères de l'assurance, mais elles sont extrêmement rares, et toutes les autres, malgré leur dénomination usuelle, n'ont aucune espèce de rapport avec l'assurance.

En effet :

1° Dans l'assurance proprement dite, c'est la valeur de l'objet, combinée avec les chances de risque, qui détermine d'abord le montant de la prime ; c'est ensuite la valeur de la chose au moment du sinistre qui détermine le montant de l'indemnité.

Au contraire, dans les conventions improprement appelées *assurances sur la vie*, c'est le montant d'une somme à payer, d'ores et déjà fixée par anticipation, qui détermine le montant de la prime.

2° L'assurance proprement dite est essentiellement un contrat d'indemnité ; d'où il suit que la même chose ne peut être assurée en entier par plusieurs compagnies, et qu'en cas de sinistre, il ne peut être exigé qu'une seule indemnité.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, on admet que l'existence de la même personne peut être assurée en même temps par plusieurs au profit du même intéressé, et que, le décès arrivant, il peut être exigé autant d'indemnités qu'il y a d'assurances distinctes.

3° Dans les véritables assurances, il n'y a qu'une personne

matériellement intéressée, soit comme propriétaire, soit comme créancier, qui puisse faire assurer une chose.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, on admet qu'une personne peut, sans intérêt aucun, faire assurer la vie d'une autre ; qu'il suffit d'obtenir le consentement de cette dernière : les plus difficiles exigent un intérêt d'affection, mais ils s'en contentent.

4° En matière de véritables assurances, l'assureur a le droit de prouver, le cas échéant, l'exagération de l'évaluation faite par l'assuré.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, l'assureur n'a jamais ce droit.

5° Dans l'assurance ordinaire, chaque partie a intérêt à la conservation de la chose.

Dans l'assurance sur la vie, l'une des parties a intérêt au décès de l'autre, ou à son propre décès.

6° Enfin, dans les véritables assurances, il ne peut y avoir lieu au paiement d'une indemnité que s'il y a eu sinistre.

Au contraire, dans les prétendues assurances sur la vie, il peut se faire qu'il y ait lieu à indemnité sans qu'il y ait eu sinistre. Il existe, en effet, telle combinaison qui assure toujours une indemnité, quel que soit l'âge où décède la personne assurée, c'est-à-dire quand même elle arriverait à un âge biblique et s'éteindrait de vieillesse. Or on ne peut appeler *sinistre* un événement nécessaire, se produisant à l'extrême limite de la période assignée par la nature.

Nous pourrions pousser encore plus loin ce parallèle, mais nous en avons dit assez pour faire voir combien sont grandes les différences qui existent entre les véritables assurances et les conventions auxquelles on a si mal à propos donné ce nom.

Mais ces conventions, quelle que soit la dénomination qui leur convienne, sont-elles du moins valables ? — Autrefois on en doutait, parce que, disait-on, *la vie est une chose inappréciable, qui ne peut faire l'objet d'un contrat.* Aujourd'hui, celui qui tiendrait un pareil langage provoquerait le sourire, et l'on ne manquerait pas de lui répondre : Il ne s'agit pas d'assurer précisément la vie d'une personne, mais d'assurer contre le préjudice que le décès de cette personne peut occasionner. Il n'y a rien de plus moral ni de plus facile à faire. Cependant on pourrait faire observer que, lorsqu'on disait, autrefois, que *la vie humaine est chose inappréciable*, on voulait simplement exprimer cette idée, que *l'intérêt qui s'attache à la conservation de la vie d'un homme est, en général, inappréciable.*

Comment fera-t-on, en effet, pour calculer le montant de l'indemnité, s'il y a lieu d'en payer une ? D'après quelle unité de mesure pourra-t-on apprécier le degré d'intérêt que pouvait avoir telle famille à la conservation de son chef ? Comment s'y prendre pour découvrir combien, pour sa famille, pouvait valoir d'argent la vie de cet homme ? — Les partisans du système actuel d'assurances sur la vie trouvent bien vite la réponse : « L'indemnité sera calculée d'après le montant de la prime qui aura été versée... et il faut bien se contenter de cet élément unique d'appréciation, puisque, en réalité, la vie humaine est inappréciable !... » Les assureurs finissent ainsi, quand leur intérêt l'exige, par reconnaître ce qu'ils avaient d'abord contesté.

On voit tout de suite comment le système va fonctionner.

L'assuré indiquera d'abord l'indemnité, ou plutôt le capital qu'il désire, et on fixera la prime en conséquence. Il est

sûr que, dans beaucoup de cas, l'indemnité espérée sera bien supérieure à l'intérêt pécuniaire que pouvait avoir la famille à la conservation de son chef, mais le droit à l'indemnité promise se trouve alors justifié par une nouvelle subtilité.

Il est admis que, dans les assurances ordinaires, l'indemnité représente la prime, en ce sens que le droit à l'indemnité a sa cause juridique dans le paiement de la prime, que par conséquent il n'est pas attaché à la chose assurée comme accessoire, et qu'il constitue purement et simplement un droit de créance. Les assureurs ont équivoqué sur ce point et ont dit : Il n'est pas surprenant que l'indemnité promise soit quelquefois énorme et en dehors de toute proportion avec l'importance pécuniaire de la vie de l'assuré, parce que *l'indemnité représente la prime* et que la prime payée a été très-forte.

Ainsi donc, lorsqu'il s'agit de justifier le principe même de la prétendue assurance sur la vie, les assureurs déclarent que l'indemnité qu'ils promettent a pour but de réparer le préjudice matériel que peut causer le décès d'un homme à certaines personnes intéressées à ce qu'il vive, par exemple à sa famille, et que de cette manière la vie humaine est chose appréciable ; que, par suite, l'indemnité promise représente l'intérêt qui s'attache à la conservation de la vie d'un homme.

Mais, lorsqu'il s'agit de justifier l'exagération de la prime, ce point de vue est aussitôt abandonné ; les mêmes assureurs affirment alors que la vie humaine, étant en soi inappréciable, ne peut être évaluée que par l'importance de la prime, et que l'indemnité est la représentation de la prime.

Aussi, sans nous arrêter aux subtilités de raisonnement de ceux qui spéculent sur les probabilités de la vie humaine, nous dirons pour conclure :

Que la plupart des combinaisons adoptées par les compagnies d'assurances sont étrangères de tout point au véritable contrat d'assurance, et doivent être régies par les principes du droit commun, suivant les analogies qu'elles présentent avec tel ou tel contrat ;

Qu'il est impossible d'admettre qu'on puisse stipuler un capital payable à la mort d'un tiers, sauf le cas d'intérêt pécuniaire, quand c'est un créancier qui agit [1] ;

Que l'on peut seulement stipuler un capital payable à l'époque de son propre décès ;

Et qu'enfin le bénéfice éventuel des conventions valables, qui peuvent être conclues doit être considéré comme incessible.

Nous pensons que la jurisprudence des cours et tribunaux pourrait parfaitement réussir à ramener aux règles du droit commun et à restreindre dans leurs justes limites les conventions improprement désignées sous le nom d'*assurances sur la vie*.

[1] Sans doute, la fin de la vie humaine peut être valablement envisagée comme pouvant constituer un terme incertain à l'effet de différer, soit l'extinction d'un droit, soit l'exécution d'une obligation, pourvu que les conditions d'existence de ce droit ou de cette obligation se trouvent d'ailleurs complétement réunies ; mais il est vraiment impossible d'admettre que deux personnes, n'ayant absolument aucun intérêt à ce qu'un tiers vive ou meure, puissent se créer à elles-mêmes un intérêt artificiel à la vie ou à la mort de ce ce tiers, en faisant entre elles des stipulations inspirées par des vues sordides ; de pareilles stipulations ne sont, en réalité, que des paris illicites.

Cependant les habitudes prises et les nombreux intérêts engagés sur la foi des usages constamment suivis sont de nature à entraver beaucoup l'action de la jurisprudence. De plus les compagnies ont pour règle de conduite de ne jamais porter en justice des contestations qui pourraient provoquer sur des questions de principe des solutions contraires à leurs intérêts. — Aussi pensons-nous qu'il serait opportun, en France comme en Italie, de trancher législativement toutes les graves difficultés que nous venons d'examiner rapidement [1].

VIII. L'innovation la plus considérable que nous ayons à signaler dans toute la matière des contrats, est celle qui regarde le prêt à intérêt. Le nouveau Code italien proclame en effet la liberté, pour les parties contractantes, de fixer à leur gré le taux de l'intérêt ; voici le texte des dispositions qu'il renferme sur ce point :

Article 1831. *L'intérêt est légal ou conventionnel.*

L'intérêt légal est fixé à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière commerciale ; cette fixation doit être appliquée dans tous les cas où des intérêts sont dus, sans qu'il y ait eu de convention qui en établisse le taux.

L'intérêt conventionnel est réglé par la volonté des parties contractantes.

Dans les matières civiles, l'intérêt conventionnel qui

[1] L'auteur a plus longuement développé ses idées en cette matière dans un opuscule lu à la réunion des sociétés savantes, à la Sorbonne, en 1867, et ayant pour titre : *Des contrats d'assurance sur la vie humaine.* Paris, 1867, imprimerie impériale.

excède le taux légal ne peut résulter que d'un écrit ; sinon il n'est dû aucun intérêt.

Article 1832. *Le débiteur peut toujours, après cinq années à partir du contrat, rembourser le capital portant un intérêt supérieur au taux légal, nonobstant toute clause contraire. Toutefois, il devra, six mois à l'avance, en donner par écrit avis au créancier. Cet avis emportera de plein droit renonciation au terme plus long qui aurait été convenu.*

Ces deux articles sont la reproduction d'une loi speciale qui fut votée en 1857 pour les Etats sardes sous l'influence de l'illustre Cavour, dont les principes économiques étaient très-avancés. Cette loi régit donc les anciens Etats sardes depuis dix années, et elle n'y a pas plus causé de perturbation que dans les autres pays qui ont aussi adopté le principe de la liberté du taux de l'intérêt. Ce principe est destiné à être reconnu chez tous les peuples ; l'Autriche elle-même, qui d'ordinaire ne donne pas le signal des innovations hasardées, vient de l'introduire dans sa législation [1], et tout donne lieu de croire que la France en fera autant dans un avenir peu éloigné.

La question de la liberté de l'intérêt est une de celles qui passionnent encore le plus les esprits ; elle se complique en effet du souvenir, non encore effacé, des vieilles prohibitions de l'Église, des justes réclamations des économistes, et des énergiques protestations de leurs adversaires. Quant aux jurisconsultes, ils ne sont pas tous d'accord sur la solution

[1] *Journal des Économistes*, 1866, janvier, 1er cahier, p. 46, — Discours d'ouverture du cours d'économie politique au Collége de France, par M. Baudrillart.

qu'il faudrait adopter, et cependant il semble que les vrais principes du droit l'indiquent clairement et qu'il n'y ait pas à hésiter.

Il est impossible, en effet, de trouver une base juridique à la limitation du taux de l'intérêt, car on ne pourrait que la rattacher à la théorie de la lésion. Or, nous savons ce qu'il faut penser de la rescision des conventions pour cause de lésion.

La théorie de la lésion n'a pu s'introduire dans le droit qu'en violation des règles qui assurent l'efficacité des conventions librement conclues ; elle est le résultat d'une erreur de doctrine. Admettons cependant la légitimité de la rescision pour cause de lésion, telle qu'on la conçoit, et voyons à quels contrats il sera logiquement possible de l'appliquer.

N'est-il pas évident que la théorie de la lésion ne peut avoir d'application qu'à l'égard des contrats dont la nature juridique ne résiste pas à l'idée de rescision, c'est-à-dire à un complet rétablissement des parties dans leur état antérieur? Or, il n'y a que deux contrats synallagmatiques qui soient dans ce cas, la vente et le partage. Tous les autres contrats synallagmatiques sont manifestement incompatibles avec toute idée de *rescision;* tels sont : le louage, le mandat salarié, la société, etc. Cela est surtout manifeste pour le contrat de louage : supposons que dans une grande ville le nombre des appartements à louer soit de beaucoup inférieur au nombre de ceux qui cherchent à se loger. Les locataires ne seront-ils pas à la merci du propriétaire, ne devront-ils pas subir sa loi pour si dure qu'elle soit?... Pourront-ils plus tard, quand ils auront joui des locaux, demander la rescision pour cause de lésion?... Quel est le législateur qui, à moins

de se lancer dans les procédés les plus révolutionnaires, oserait leur accorder ce droit[1] !....

C'est pourtant cette solution, qui serait insensée appliquée à des contrats synallagmatiques autres que la vente et le partage, qu'on a étendue au prêt à intérêt, c'est-à-dire à un contrat unilatéral !...

La limitation du taux de l'intérêt, avec faculté de répéter les intérêts usuraires, n'est autre chose, en effet, que l'application au contrat de prêt de la théorie de la rescision pour cause de lésion. C'est une inconséquence entée sur une erreur.

Peu importe que, dans le développement historique du droit, la limitation de l'intérêt ait précédé de beaucoup l'apparition de la rescision en matière de vente ou de partage ; au fond, rien de plus exact que notre assertion, car, en dehors de l'idée de lésion, il serait impossible d'assigner une base juridique quelconque aux prohibitions de la loi en matière d'intérêts.

Or, le raisonnement que nous avons fait à propos du louage, nous pouvons le faire à propos du prêt.

Celui qui est assez heureux pour obtenir le prêt d'une somme d'argent qui lui est indispensable consentira à payer, peut-être fort cher, le service qu'on lui rend. Mais quand il se sera servi du capital prêté, qu'il aura rétabli ses affaires, ou sauvé son honneur, est-il juste de l'écouter s'il vient se plaindre,

[1] Les dispositions qui accordent au fermier le droit d'obtenir, dans certains cas, une réduction plus ou moins forte, sur le prix du bail qu'il est tenu de payer, ne doivent pas être considérées comme étant l'application au contrat de louage du principe de la lésion. Il s'agit seulement, dans un contrat qui s'exécute de part et d'autre par une série de prestations continues, de régler entre les parties les conséquences d'un cas fortuit.

s'il vient réclamer la restitution des intérêts perçus par son créancier, c'est-à-dire la rescision du contrat?... Si sa réclamation doit être admise, c'est donc que la loi l'autorisait en quelque sorte à pratiquer un emprunt forcé!... Le capitaliste, dira-t-on peut-être, a certainement abusé de sa position ; c'est possible. Mais le débiteur qui, au moment où il venait solliciter le prêteur, en adhérant à toutes ses exigences, avait l'arrière-pensée d'invoquer le bénéfice de la loi pour se dispenser de tenir ses engagements, n'abusait-il pas aussi de la protection que lui accordait le législateur ? En réalité, il s'est servi de la loi pour extorquer au créancier un prêt que ce dernier ne lui aurait pas fait à d'autres conditions.

Cependant, le créancier va être obligé de restituer les intérêts perçus au delà du taux légal, c'est-à-dire que le contrat va être *rescindé*, du moins autant qu'il peut l'être. Or, il est impossible, dans ce cas, de rétablir les parties dans le même état qu'avant... Si le prêt n'avait pas eu lieu, peut-être que le créancier, en employant son argent dans l'industrie, aurait décuplé son capital. Pour remettre les parties au même état qu'avant, car l'équité la plus *cérébrine* ne pourrait exiger davantage, il faudrait pouvoir effacer le temps écoulé et revenir en arrière, ce qui revient à dire que, même en admettant la rescision pour cause de lésion, il est impossible de l'appliquer au prêt à intérêt. Du reste, si la société a le droit de limiter le taux de l'intérêt, il faut aussi lui reconnaître le droit de limiter le taux des loyers, et dans une pareille voie, il est difficile de savoir où *l'on pourra s'arrêter*.

Si maintenant aux considérations juridiques que nous ve-

nons de produire, on veut ajouter les puissantes raisons données par les économistes, on sera convaincu que le Code italien a bien fait de proclamer la liberté des conventions en ce qui concerne le taux de l'intérêt.

PLANA·BIBLIOT

§ 11.

I. De la transcription. — Base rationnelle et juridique de la publicité des droits réels.
II. Actes soumis à la formalité de la transcription.
III. Extension de la transcription aux demandes en révocatio non résolution.
IV. Critique de ce système.

I. Nous arrivons maintenant à l'une des parties les plus importantes du Code italien ; nous voulons parler du régime hypothécaire.

La base du système adopté est, comme en France, la *publicité* des droits réels obtenue au moyen de la transcription. Il semblerait qu'aujourd'hui le principe même de la transcription dût être au-dessus de toute controverse, la discussion ne pouvant désormais porter que sur la meilleure manière de faire fonctionner cette transcription. Cependant il est encore des esprits attardés, qui n'hésitent pas à considérer la transcription comme une formalité embarrassante, contraire à la notion spiritualiste de la puissance du consentement, peu en harmonie avec les vrais principes du droit, à peine justifiée par quelques raisons économiques ou utilitaires, et de nature à pouvoir consacrer de véritables iniquités. Aussi, quoique la question de savoir si la propriété peut être transférée par le seul consentement soit une de celles que le législateur peut trancher souverainement, la solution ne sera légitime

et pleinement justifiée que si elle se trouve en rapport avec la nature du droit même de propriété, toute considération économique étant d'ailleurs écartée. Comme le mot *propriété* manque par lui-même de précision, il arrive souvent que lorsqu'on demande si la propriété peut être constituée par le simple consentement, l'esprit ne voit pas tout d'abord d'où pourrait venir la difficulté. — Mais si l'on réfléchit que la propriété est un *droit absolu*, c'est-à-dire un droit qui, *par essence*, doit être opposable à tous, on commence à entrevoir la véritable donnée du problème. Bien mieux, la solution elle-même apparaîtra dans tout son jour, si, laissant de côté la formule ordinaire, on adopte la suivante : *un droit absolu*, c'est-à-dire *opposable à tous parce qu'il est présumé connu de tous, peut-il être valablement constitué au moyen d'une convention, c'est-à-dire d'un fait connu seulement de deux personnes ?* N'est-il pas évident qu'on est en quelque sorte invinciblement entraîné à répondre négativement, alors que la question, posée en d'autres termes, ne paraissait pouvoir être résolue que par l'affirmative ?

En effet, on peut diminuer son patrimoine de deux manières : 1° en s'obligeant; 2° en aliénant; — c'est-à-dire qu'on peut constituer au profit d'autrui des droits de créance ou des droits réels. Au droit de *créance* correspond l'*obligation* nécessairement *personnelle* ou *relative*, ne pouvant contraindre que la personne du débiteur lui-même et ne conférant au créancier qu'un *jus ad rem* sur la chose due. De ce que le créancier n'est investi que d'un *jus ad rem* il suit qu'on peut concevoir l'existence simultanée de plusieurs obligations ayant toutes le même objet ; ce qui revient à dire que la même chose peut être due à plusieurs créanciers différents,

en vertu de titres distincts, ou, en d'autres termes, que plusieurs personnes peuvent se trouver, chacune en droit soi, investies d'un *jus ad rem* à l'égard de la même chose.

Il n'en est pas de même des diminutions de patrimoine qui doivent être réalisées au moyen d'une aliénation, c'est-à-dire de la concession à un tiers d'un droit réel, d'un *jus in re* sur la chose. — Au droit *réel* correspond le *devoir* qui est *impersonnel* en ce sens qu'il pèse sur tout le monde ; — le droit réel pouvant être opposé à tous est par essence *absolu* et exclusif de tout autre droit semblable [1] ; il suit de là qu'il est impossible de concevoir l'existence simultanéé de deux droits réels identiques sur la même chose; que plusieurs personnes ne peuvent pas être à la fois et chacune d'une manière exclusive, investies du *jus in re* sur la même chose. — Une personne pourra donc promettre plusieurs fois la même chose;

Ellê ne pourra l'aliéner qu'une seule fois.

Or, de ce qu'on ne peut aliéner sa chose qu'une fois, et, qu'après l'avoir aliénée une fois, on a complétement épuisé son droit; de ce qu'en l'aliénant on a transféré à l'acquéreur un droit absolu opposable à tous, il suit que l'acte d'aliénation doit nécessairement être porté à la connaissance de tous. Ce qui revient à dire que la *publicité* est de l'essence des droits réels et que le seul consentement ne peut les constituer.

Il est en effet de principe qu'un droit ne saurait être invoqué contre quelqu'un que s'il a été d'abord porté à sa connaissance : *Paria sunt non esse et non significari.* Sans

[1] Nous n'avons pas besoin de faire observer qu'il s'agit uniquement du droit réel type, la *propriété*, et non pas de ses *démembrements*, lesquels ne sont pas toujours exclusifs les uns des autres.

doute, si l'on veut considérer un droit au point de vue de sa constitution abstraite, indépendamment de tout effet ultérieur, et en quelque sorte à l'état inerte, il sera vrai de dire que le consentement des parties, régulièrement exprimé, devra suffire pour l'engendrer; on ne voit pas en effet de quoi pourrait servir un acte extérieur distinct du consentement.

Mais si au contraire nous considérons un droit au point de vue des effets légaux qu'il est naturellement destiné à produire, si nous concevons le droit passé en quelque sorte de l'état *inerte*, dont nous parlions, à l'état *actif*, alors l'aspect de la question change, et tout de suite l'esprit est saisi par cette vérité déjà énoncée : Un droit ne saurait être allégué qu'après avoir été porté à la connaissance de celui contre qui on l'invoque.

Donc, pour la transmission d'un droit relatif, il suffit d'une publicité relative elle-même; et voilà pourquoi le Code Napoléon n'a pas manqué de l'exiger quand la situation le comportait (Voy. art. 877, 1690 C. N.).

Donc aussi pour la constitution et la transmission d'un droit absolu, il faut une publicité absolue; — puisqu'un droit de cette nature peut être invoqué contre tout le monde, il faut nécessairement que tout le monde le connaisse.

Or, le meilleur moyen d'assurer à la constitution et à la transmission des droits réels, cette publicité générale, dont nous venons de parler, paraît être la *transcription*. Aussi le Code italien consacre-t-il un titre spécial, le XXIIe, à la théorie de la transcription. A cet égard, les rédacteurs du Code italien avaient à se demander si, le principe de la transcription étant admis, il fallait organiser la matière en

prenant pour guide la loi du 11 brumaire an VII, ou bien la loi du 23 mars 1855. Ils ont préféré adopter comme base de leur système hypothécaire les dispositions de la loi de brumaire; en conséquence, le cours des inscriptions se trouve arrêté par le fait même de la transcription, à l'égard de tous les créanciers sans distinction, et il n'y a pas de délai particulier accordé au vendeur ou au co-partageant.

Nous n'avons pas à revenir ici sur les critiques qui ont été dirigées contre la loi du 23 mars 1855; il est certain que cette loi a été un grand bienfait et qu'elle se proposait d'être plus équitable que la loi de brumaire; mais il faut reconnaître cependant que son mécanisme, beaucoup plus compliqué, est de nature à créer souvent des difficultés dont il est bien difficile de sortir. Aussi ne sommes-nous pas surpris que l'Italie, ayant eu à choisir, ait préféré les dispositions de la loi de brumaire.

II. Quoi qu'il en soit, voici comment la transcription a été organisée :

D'abord, il n'y a que les actes entre-vifs, translatifs ou constitutifs de droits réels, qui soient soumis à la transcription; ensuite, quelques autres contrats, tels que les baux d'immeubles excédant neuf années, et les actes de société ayant pour objet la jouissance de biens immeubles et dont la durée est indéterminée ou excède aussi neuf années (art. 1932).

La transcription, n'étant qu'une formalité de publicité, devait évidemment produire un effet absolu; en conséquence, l'article 1941 déclare que, quelle que soit la partie qui ait

fait transcrire le titre, la transcription profite à tous ceux qui y ont intérêt.

L'article 1942 règle ensuite l'effet direct et précis de la transcription; cette disposition, qui est le fond de tout le système, est ainsi conçue :

« *Tant que les jugements et actes énoncés en l'article* 1932 (ceux à l'égard desquels la transcription est nécessaire) *n'ont pas été transcrits, ils n'ont aucun effet à l'égard des tiers qui ont acquis, à un titre quelconque et légalement conservé, des droits réels sur l'immeuble.*

« *Pareillement, tant que la transcription d'un acte d'aliénation n'a pas été faite, aucune transcription ou inscription de droits réels acquis du chef du nouveau propriétaire ne peut préjudicier à l'hypothèque légale accordée au vendeur non payé.*

« *Quand la transcription d'un acte d'aliénation a eu lieu, aucune transcription ou inscription de droits réels du chef du précédent propriétaire ne peut nuire à l'acquéreur, quand même la concession du droit réel dont il s'agit remonterait à une époque antérieure à l'acte d'aliénation transcrit.* »

C'est, on le voit, le système de la loi de brumaire qui est ainsi consacré; il nous suffit de le constater. Les questions diverses que soulève dans la pratique l'application de ce système sont trop connues pour que nous en entreprenions ici la discussion.

III. Le Code italien a encore étendu le principe de la transcription à un grand nombre d'autres hypothèses, de manière à organiser le système le plus complet de publicité

qui fut jamais. Il décide en effet que devront encore être transcrits, *en vue des effets spéciaux établis par la loi :*

1° Le commandement préalable à l'expropriation forcée;

2° La déclaration d'acceptation d'hérédité sous bénéfice d'inventaire;

3° Les demandes en révocation, résolution ou révision intentées dans les cas prévus par les articles 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 et 1787. La transcription de ces demandes doit être faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation auquel elles se rapportent (art. 1933).

Il est certain qu'il était impossible d'étendre plus loin le principe de la publicité. En effet, les mutations par décès résistent manifestement à toute transcription, et pour les actes simplement déclaratifs du droit, cette formalité est inutile.

L'extension de la transcription à toutes les demandes qui peuvent aboutir à la résolution d'un droit réel, est une conception fort heureuse, dont l'idée première se trouve dans l'article 958 du Code Napoléon, relatif à l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude. Il convient de remarquer que dans les diverses hypothèses auxquelles se réfère l'article 1933, § 3 du Code italien, la résolution ou révocation n'a pas d'effet contre les tiers qui auraient acquis et conservé par la transcription des droits réels depuis l'aliénation jusqu'à la transcription de la demande, mais seulement à l'égard des tiers qui auraient acquis des droits de cette nature depuis cette dernière transcription.

Il en est ainsi : 1° dans le cas de révocation des donations pour cause d'inaccomplissement des charges, d'ingratitude ou de survenance d'enfant (art. 1080 et 1088);

2° Dans le cas de révocation résultant de l'exercice de l'action Paulienne, à l'égard des tiers de bonne foi (art. 1235, § 2);

3° Dans le cas de rescision pour cause de lésion (art. 1308);

4° Dans le cas de résolution de vente pour défaut d'accomplissement des charges (art. 1511);

5° Dans le cas de résolution d'échange pour cause du non-transfert de la propriété ou d'éviction (art. 1553);

6° Dans le cas de reprise, pour cause d'inexécution des charges, d'un immeuble aliéné moyennant une rente (art. 1787);

Ainsi donc, dans toutes les hypothèses qui précèdent, la révocation ou résolution n'a pas d'effet à l'égard des tiers, si ce n'est à partir de la transcription de la demande.

Au contraire, lorsqu'il s'agit des effets d'une condition résolutoire expresse (autre que l'inaccomplissement des charges) ou de la réduction, les immeubles rentrent dans la masse des biens de l'aliénateur, nonobstant toutes concessions de droits réels faites aux tiers depuis l'aliénation (art. 1079, 1095 et 1096 C. ital.).

IV. Cette distinction est-elle légitime, et n'aurait-il pas été plus conforme aux principes de décider que dans toutes les hypothèses la résolution ou révocation doit produire effet contre tous les tiers en vertu de la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis?*

M. Curcio n'hésite pas à le penser; alors surtout qu'avec le système adopté par le Code italien, il sera toujours facile au donataire d'éluder les conséquences de l'inaccomplisse-

ment des conditions, de son ingratitude ou de la survenance d'enfants, en aliénant les biens donnés, et en se rendant ensuite réellement ou fictivement insolvable. Quelle raison y a-t-il, se demande M. Curcio, pour mettre ainsi les tiers à l'abri des effets de la résolution? Comment! si la chose donnée est encore entre les mains du donataire, le donateur pourra la reprendre, et il ne le pourra plus si la chose est passée entre les mains d'un tiers qui a fait transcrire son titre! Le donataire n'avait que des droits résolubles, il n'a donc pu transférer que des droits résolubles; et dès lors comment la transcription aurait-elle la vertu de consolider sur la tête des tiers, en les rendant définitifs, des droits qui étaient soumis à une chance de résolution? Aussi, en présence de cette extraordinaire faveur accordée aux tiers, M. Curcio ne craint-il pas d'accuser le Code de s'être montré *tiersomane*[1]; et il s'écrie :

« De quelle ressource n'est pas l'heureuse condition de *tiers!* Ne dirait-on pas un de ces asiles du moyen âge à la porte desquels venait se briser l'épée de la justice! Voilà, en effet, que les principes les plus certains du droit commun viennent se briser contre cette qualité de *tiers* abrité à l'ombre de la transcription! Et, cependant, la transcription instituée pour donner de la publicité aux droits, ne devrait pouvoir ni les créer, ni les détruire, comme elle le fait en paralysant, aussitôt que surgit la personne d'un *tiers*, les conséquences de toute résolution possible en cas de vente, d'échange, de donation, de constitution de rente, etc. — Ne vaudrait-il pas mieux écouter un peu plus

[1] (*terzomano*), *loc. cit.*, p. 36.

la justice, et un peu moins les doctrines économiques[1]?... »

Il est certain qu'il y a quelque chose de fondé dans ces plaintes de M. Curcio, surtout si l'on suppose que le *tiers*, vis-à-vis de qui s'arrêtent les effets de la résolution, est un acquéreur à titre gratuit. Cependant le système du Code italien peut être justifié, au moins dans une certaine mesure, par des raisons de droit qui ne sont pas les mêmes dans toutes les hypothèses.

Examinons d'abord la résolution ou révocation des donations. Selon les principes du droit, l'ingratitude pourrait-elle être une cause de résolution d'une libéralité? Il est certain que non; et le donateur ne pourrait pas insérer valablement dans sa disposition une clause portant que la donation serait révoquée par exemple si le donataire attentait à la vie de son bienfaiteur... *Nefas est tales spectare casus*, disaient les jurisconsultes romains. Cependant, comme il est odieux que le donataire puisse impunément se rendre coupable des faits constitutifs de l'ingratitude, le législateur a cru pouvoir accorder au donateur le droit de révoquer sa libéralité. Mais cette action en révocation, il faut le remarquer, a un caractère pénal; c'est pour cela qu'elle ne peut être intentée contre les héritiers du donataire; il serait donc absurde qu'elle pût atteindre les tiers détenteurs.

Pour le cas de survenance d'enfant au donateur, la loi, en autorisant le donateur à révoquer sa libéralité, s'est plutôt préoccupée de l'intérêt de la famille, que de dégager un élément tacite de la convention.

Or, l'intérêt de la famille déjà sauvegardé par l'institution

[1] *Loc. cit.*, p. 34 à 37.

de la réserve et de la réduction, dont les effets rétroagissent d'une manière absolue à l'égard des tiers (art. 1079), n'exigeait pas qu'un pareil effet rétroactif fût en outre attaché à la révocation pour cause de survenance d'enfant, révocation qui n'a plus lieu de plein droit. D'ailleurs, et cette raison est décisive, le donateur doit être considéré comme ayant transféré au donataire la faculté d'aliéner d'une manière définitive, et c'est même en cela que consiste l'effet direct et substantiel de la donation.

On peut faire une observation analogue touchant la révocation pour inexécution des charges. Les charges imposées par le donateur ne peuvent avoir pour effet de dénaturer le contrat, et de lui enlever le caractère de libéralité dont la conséquence est, forcément, l'attribution au donataire de la faculté de consentir des aliénations définitives. — Ainsi donc le donateur, dans ce cas, comme dans le précédent, se trouvera dans la même position que l'absent qui reparaît après l'envoi en possession définitive ; son retour ne fait pas disparaître les aliénations consenties par les envoyés en possession qui l'ont, à cet égard, valablement représenté. — A plus forte raison, le donataire doit-il être considéré comme ayant représenté le donateur à l'égard des tiers concessionnaires de droits réels.

En ce qui touche la résolution de la vente, de l'échange, etc., pour inexécution des obligations imposées par le contrat, il faut encore raisonner de la même manière.

Le Code italien a donc pu légitimement généraliser la règle contenue dans notre article 958 sans méconnaître le principe d'après lequel la transcription ne saurait avoir un effet *sanatoire*.

Mais d'un autre côté, il est manifeste que dans le cas de condition résolutoire formellement stipulée, autre cependant que l'inexécution des charges, l'aliénateur n'a pas voulu conférer à l'acquéreur le pouvoir de constituer d'une manière définitive des droits réels sur les biens transmis, et que dès lors l'accomplissement d'une telle condition doit faire disparaître tous les droits concédés par le détenteur intérimaire, nonobstant toute transcription de titre qui aurait été faite.

La théorie générale du nouveau Code sur la portée des faits juridiques résolutifs ou révocatoires peut donc être approuvée. Mais alors ne semble-t-il pas que le législateur italien ait oublié le point de vue qu'il avait d'abord adopté, orsqu'il a décidé, comme nous le verrons plus bas, que la séparation des patrimoines obtenue dans le délai de trois mois à partir du décès du débiteur anéantit rétroactivement les aliénations et les hypothèques consenties par l'héritier (art. 2062) ?

§ 12.

I. Du régime hypothécaire; — ne pas le confondre avec l'organisation du crédit foncier.
II. Bases du système italien; — Conséquences par rapport aux priviléges sur les immeubles.
III. Des hypothèques.
IV. Choses susceptibles d'hypothèques.
V. Des hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles.
VI. Toutes les hypothèques sont *spéciales;* — Examen critique des prétendus avantages de la spécialité *quant aux immeubles.*
VII. De la spécialité *quant aux créances* garanties par une hypothèque.
VIII. Comment cette double *spécialité* a été organisée par la loi italienne.
IX. Du genre d'utilité qu'on pourrait retirer du cadastre pour le perfectionnement du régime hypothécaire.

I. Le nouveau régime hypothécaire italien, que nous allons maintenant étudier dans ses détails, a été organisé avec

une grande unité de vues, et sous ce rapport il est bien supérieur au régime français. De plus les rédacteurs du nouveau Code ont eu la force de résister à certaines doctrines qui les auraient entraînés bien vite vers l'utopie, en compromettant le succès de leur œuvre tout entière. Ce qui rend en effet si difficile toute œuvre législative concernant la réforme hypothécaire, c'est l'intervention des économistes qui ont voulu en quelque sorte monopoliser la question et lui enlever son caractère purement juridique, pour la rattacher directement à la création et au développement du crédit foncier.

Sans doute, il y a de nombreux rapports entre le *crédit foncier* et le *régime hypothécaire ;* mais la vérité est que le *crédit foncier* et le régime hypothécaire ne sauraient avoir le même but.

Le *crédit foncier* a pour but de diriger vers l'exploitation du sol des capitaux qui ont une tendance plus naturelle à aller vers l'industrie.

Le régime hypothécaire a uniquement pour but de donner sécurité entière à ceux qui traitent sur des immeubles. En conséquence, le *crédit foncier* doit recevoir une organisation tout à fait en dehors du *régime hypothécaire ;* et l'organisation du *régime hypothécaire* doit être tout à fait indépendante de l'organisation du *crédit foncier.* Mais tout le monde n'accepte pas une distinction qui dérive cependant de la nature même des choses ; en 1841, la Cour de Riom déclarait : *qu'un bon système hypothécaire doit être l'organisation du crédit foncier*[1]. Cette erreur capitale est mal-

[1] Documents *relatifs à la réforme hyp., publiés par ordre du Ministre de la justice,* t. I, p. 78.

heureusement encore aujourd'hui en faveur chez beaucoup d'esprits, et elle est la cause, au moins en France, de l'ajournement indéfini de toute réforme sérieuse, car les difficultés relatives à l'organisation du *crédit foncier* se sont alors enchevêtrées dans celles qui sont spéciales au régime hypothécaire, et la confusion qui en est résultée a fait avorter toute tentative d'amélioration. Il serait temps cependant que ces deux idées : *crédit foncier* et *régime hypothécaire*, si mal à propos et si maladroitement confondues, soient désormais nettement distinguées.

Il faut en effet remarquer que les causes qui poussent les capitaux plutôt vers l'industrie que vers le sol, ne tiennent pas le moins du monde aux imperfections du régime hypothécaire, mais bien certainement aux avantages considérables que présentent les placements sur valeurs industrielles, avantages que l'on peut ainsi résumer :

1° Affranchissement de tout intermédiaire, et par conséquent, secret des affaires domestiques ;

2° Facilités pour le placement des petites épargnes : — aussitôt qu'on a 300 francs on peut acheter une obligation de chemin de fer, alors qu'on n'oserait pas aller chez un notaire pour un placement aussi mesquin.

3° L'intérêt des valeurs industrielles est le plus souvent supérieur à 5 pour 100.

4° Des primes énormes sont quelquefois offertes, et un titre qui n'a coûté que 300 francs sera remboursé sur le pied de 500 francs.

5° L'extrême facilité de la négociation rapproche les valeurs industrielles de l'écu métallique, permet de les réaliser aussitôt que la nécessité l'exige, sans qu'il faille se

mettre à la recherche d'un cessionnaire, et recourir aux formalités de la cession.

6° Le paiement des intérêts à l'échéance est aussi certain qu'il peut l'être; et le porteur de titres est affranchi des lenteurs et des ennuis de l'expropriation, de l'ordre, etc.

Tels sont les avantages que présentent les placements industriels; — ils sont si considérables que, quand même on supposerait le régime hypothécaire purgé de toutes ses imperfections, établi sur les meilleures bases possibles, et fonctionnant d'une manière irréprochable, il y aurait encore pour le capitaliste un immense intérêt à placer son argent dans l'industrie plutôt que sur la propriété foncière.

C'est qu'en effet, le régime hypothécaire le plus parfait qu'on puisse rêver, ne dispensera jamais le capitaliste qui veut faire un placement hypothécaire :

1° D'attendre d'avoir à sa disposition un capital suffisamment élevé pour pouvoir être sérieusement offert;

2° De vérifier les titres de propriété, de consulter sur leur valeur des hommes compétents qui, malgré leur savoir et leur expérience, peuvent toujours se tromper;

3° De recourir à un intermédiaire, le notaire;

4° D'être toujours dans l'incertitude quant au paiement exact des intérêts et du capital;

5° D'être quelquefois remboursé bien avant l'époque fixée, par suite d'une aliénation de l'immeuble hypothéqué, suivie du purgement des hypothèques inscrites;

6° D'être exposé, au contraire, dans le même cas d'aliénation de l'immeuble hypothéqué, à la nécessité d'en discuter la valeur en faisant une surenchère souvent impossible, faute de ressources suffisantes;

7° De subir les longueurs d'une expropriation et d'un ordre, sans parler de l'éventualité des contredits qui peuvent traîner les intéressés successivement devant plusieurs tribunaux, y compris la Cour de cassation;

8° D'être exposé au danger de commettre des nullités dans les formalités de procédure qui viennent d'être indiquées;

9° Enfin, en supposant heureusement franchis tous ces obstacles, de se trouver en présence d'un adjudicataire ou d'un tiers acquéreur insolvable, vis-à-vis duquel il faille poursuivre une nouvelle vente par la voie de la folle-enchère ou de l'expropriation.

Tous ces inconvénients sont inhérents au régime hypothécaire; et on les retrouvera toujours, en Italie comme en France, même avec le système le plus perfectionné. Car les perfectionnements à apporter au régime hypothécaire ne sauraient avoir pour effet la disparition complète d'inconvénients qui résultent de la nature même des situations. On ne saurait trop le répéter, le but unique d'un bon système hypothécaire doit être de *donner toute sécurité à ceux qui traitent sur les immeubles.* Au contraire, le but du crédit foncier est celui-ci : *Étant donné un système hypothécaire aussi bon que possible, trouver*, EN DEHORS DE CE SYSTÈME, *le moyen de diriger vers l'agriculture les capitaux qui ont une tendance naturelle à aller vers l'industrie.*

Et maintenant, convient-il de perfectionner autant que possible le régime hypothécaire? Qui oserait en douter? Toute organisation vicieuse du régime hypothécaire compromet la propriété et l'ordre public.

Mais convient-il aussi de créer et de développer outre

mesure le crédit foncier? C'est là une tout autre question, et la réponse pourra n'être pas la même, car il y a mille bonnes raisons pour soutenir la négative.

En 1841, la Cour de Paris avait nettement posé le problème :

« Nous nous sommes demandé, disait-elle, quel était le but que devait se proposer une bonne loi hypothécaire? Devait-elle tendre à donner aux transactions sur les immeubles cette rapidité, cette facilité qui leur manque, et dont l'absence paralyse souvent dans la main du propriétaire foncier des valeurs importantes qu'il pourrait employer utilement dans l'intérêt de sa famille, comme dans celui de la prospérité générale? Doit-on, au contraire, tout en ayant égard à cette première considération, s'attacher surtout à donner au prêteur, comme à l'emprunteur hypothécaire, au vendeur comme à l'acheteur d'immeubles, les garanties de sécurité et de stabilité qui semblent le caractère et l'avantage propres des placements immobiliers? C'est entre ces deux pensées qu'il faut choisir, et l'on n'a pas hésité..... Le plus souvent, les emprunts hypothécaires sont le signal ou même l'instrument de la ruine des propriétaires fonciers..... Ces considérations et beaucoup d'autres, qu'il serait trop long d'énumérer, ont porté la Cour à croire que le but auquel on devait tendre, était surtout de donner au gage hypothécaire toute la sûreté qu'il doit avoir, d'assurer à l'acquéreur d'immeubles toutes les garanties qu'il a le droit de réclamer; qu'ainsi, l'on donnerait aux placements de ce genre une faveur suffisante

quoique indirecte, mais qu'aller au delà serait dépasser la limite [1]. »

La Faculté de Dijon exprimait les mêmes sentiments avec encore plus d'énergie :

« Les économistes sont préoccupés d'une étrange idée, faisait observer la Faculté; suivant eux, c'est dans l'intérêt de l'agriculture qu'il faudrait débarrasser le prêt sur hypothèque de toute espèce d'entraves et de sollicitudes; l'argent affluerait de toutes parts aux petits propriétaires qui ont besoin d'avances pour faire face aux frais de leur exploitation. *Il faudrait bien plutôt éloigner d'eux ces perfides secours;* un petit propriétaire agricole qui emprunte à 5 pour 100 est ruiné au bout de quelques années par l'accumulation des intérêts et des frais. C'est dans la terre et dans son travail qu'il doit puiser toutes ses ressources [2]. »

Qui voudrait aujourd'hui sérieusement contester l'exactitude de cet aperçu? Reconnaissons donc qu'il serait bien imprudent de détourner de son but le régime hypothécaire, pour le faire servir à un développement peu désirable du crédit foncier.

« Dans les pays où on a sérieusement médité sur les conditions du crédit foncier, fait observer la Cour de Bordeaux, on a placé *ailleurs que dans des modifications au système hypothécaire* la solution du problème qui fatigue tant d'esprits. On a pensé que les prêts sur hypothèque deviendraient faciles, si les conditions du crédit foncier étaient combinées de manière à donner à l'emprunteur le moyen

[1] *Documents*, etc., t. I, p. 71, 72, 73.
[2] *Ibid.*, t. II, p. 387.

de se libérer avec les bénéfices mêmes que procure l'emprunt [1]. »

Nous ne retenons de cette observation que le point qu'il nous importe de mettre en relief, c'est-à-dire, que : *les conditions du crédit foncier doivent être placées ailleurs que dans des modifications au système hypothécaire.* Enfin, cette vérité a été officiellement reconnue et proclamée en 1852, à propos du décret du 28 février de la même année, sur les sociétés de crédit foncier ; en effet, le Ministre, dans son exposé des motifs, après avoir démontré que l'agriculture ne jouit pas en France d'un crédit proportionné à ses besoins, continuait en ces termes :

« La réforme hypothécaire elle-même, quelque amélioration qu'elle puisse apporter à ce crédit, demeurera impuissante contre le mal que nous venons de signaler. Elle rendra plus faciles et moins onéreux les emprunts sur la propriété ; mais elle ne fera pas cesser l'éloignement du capitaliste, qui a besoin de compter sur un renboursement exact, à courte échéance, par le propriétaire cultivateur, qui ne peut trouver dans les fruits de son travail le moyen de se libérer, si ce n'est au bout d'un grand nombre d'années [2]. »

Ainsi donc, les témoignages les plus considérables sont d'accord pour affirmer cette vérité évidente : que *le crédit foncier doit être organisé, s'il doit l'être, tout à fait en dehors du régime hypothécaire.*

La seule chose vraiment et incontestablement bonne qu'il

[1] *Documents*, etc., t. I, p. 23.

[2] Voir J.-B. Duvergier, *Collection des lois*, etc., année 1852, p. 285.

y avait à faire pour les législateurs italiens, c'était de perfectionner le régime hypothécaire, non pas dans le but chimérique d'attirer vers l'agriculture de nombreux capitaux, qui ne voudront jamais aller de ce côté, mais dans le but éminemment louable et bien plus pratique d'y attirer l'épargne des campagnes, qui serait ainsi soustraite aux séductions de la Bourse. C'est ce qui a été excellemment démontré par M. Bonjean, dans le discours par lui prononcé au Sénat, dans la séance du 6 avril 1866 :

« Il n'est pas de jour, disait M. Bonjean, qui ne voie éclore quelque nouveau projet de banque agricole. J'avoue que, si ingénieuses qu'elles puissent être sur le papier, ces combinaisons m'inspirent peu de confiance dans la pratique, et voici mes principales raisons : les établissements de ce genre nécessitent tout un personnel de directeurs, caissiers, teneurs de livres, conseils du contentieux, agents et commis de toute nature ; des frais de loyer et d'administration peu compatibles avec un *taux modéré* d'intérêt. Or, à la différence de l'industrie et du commerce, pour lesquels aucun taux n'est excessif, s'il est en rapport avec les profits illimités à retirer du capital emprunté, l'agriculture, dont les profits sont limités par la nature des choses, ne peut, au contraire, emprunter *utilement* qu'à un taux fort modéré. Or, cet *intérêt modéré*, auquel elle a droit, puisque le gage qu'elle peut offrir à l'empruntenr serait, avec un bon système hypothécaire, la meilleure et la plus sûre de toutes les garanties, les capitaux des villes ne peuvent que rarement s'en contenter, parce que la vie, rendue chaque jour plus coûteuse, fait au citadin une nécessité de rechercher les placements à gros profits. C'est donc à l'épargne des cam-

pagnes qu'il faut s'adresser, et elle répondra à l'appel, le jour où un bon système hypothécaire lui rendra la chose facile et sûre. »

Voilà le vrai côté par lequel il convient d'envisager la question hypothécaire. Prétendre faire servir le régime hypothécaire au développement du crédit foncier, ou faire concourir les institutions de crédit foncier à la réforme hypothécaire, c'est se condamner à l'impuissance et décréter la confusion. Les dangers d'une telle confusion seraient incalculables : le Code civil, qui fait notre force, risquerait de sombrer sous cette marée montante de banques, de comptoirs, de combinaisons de toute sorte..... Aussi faut-il laisser de côté les conceptions utopiques des entrepreneurs de crédit foncier, et ne perdre jamais de vue que le but unique d'une loi hypothécaire doit être :

1° De donner pleine sécurité aux acquéreurs d'immeubles, sans chercher à rendre plus rapides les transmissions d'immeubles;

2° De donner aussi toute sécurité et toute garantit à ceux qui veulent placer leurs fonds sur hypothèque, sans chercher autrement à rendre plus nombreux et plus faciles les emprunts hypothécaires.

II. Le système italien ne méconnaît pas ces principes et s'est sagement abstenu de toute combinaison ayant pour but le développement artificiel du crédit foncier.

La base de tout le système est résumée dans l'article 1965 qui contient les trois propositions suivantes :

1° L'hypothèque n'a d'effet que si elle est rendue publique.

2° Elle ne peut exister que sur des biens spécialement désignés.

3° Elle ne peut être prise que pour une valeur déterminée en argent.

Il ne peut donc y avoir que des hypothèques *spéciales*, ou plutôt *spécialisées par l'inscription*, comme nous le verrons plus bas.

La conséquence directe d'une telle conception était une modification profonde dans la théorie des priviléges sur les immeubles. Leur nombre a été singulièrement restreint, ceux du vendeur notamment et du copartageant ont tout à fait disparu, et ont été remplacés par une simple hypothèque légale.

C'est qu'en effet, avec un système tel que celui qui a été organisé par la loi italienne, il n'y a plus aucun intérêt à attribuer au vendeur ou au copartageant un privilége proprement dit plutôt qu'une simple hypothèque. Pourquoi en effet le Code Napoléon leur a-t-il accordé un privilége? C'est uniquement pour éviter que le vendeur ou le copartageant ne soient obligés de subir le concours de tous les créanciers de leur débiteur qui acquièrent une hypothèque sur un immeuble dès qu'il entre dans le patrimoine du débiteur commun; nous voulons parler des créanciers ayant une hypothèque générale, judiciaire ou légale, antérieure à la naissance du privilége. Ainsi, par exemple, un débiteur dont les biens sont déjà grevés de plusieurs hypothèques légales ou judiciaires acquiert un nouvel immeuble par l'effet d'un partage ou d'un achat. Quel que soit le mode de classement adopté entre les divers créanciers inscrits, le vendeur ou le copartageant auraient toujours été sacrifiés, si le Code Napoléon

ne leur avait accordé qu'une hypothèque légale. Car, dans l'opinion qui admet tous les créanciers au marc le franc, ils auraient subi la loi commune; et dans celle qui colloque les créanciers d'après la date de leurs inscriptions, ils seraient venus en dernier rang. — Il fallait donc nécessairement leur reconnaître un privilége dérivant de la rétention d'une sorte de droit réel sur l'immeuble entré dans le patrimoine du débiteur pour leur permettre de primer les autres créanciers du débiteur ayant une hypothèque générale antérieure.

Le privilége du vendeur et du copartageant s'explique donc, dans le droit français, et se justifie par cette circonstance que le Code Napoléon a admis des hypothèques générales qui ont la vertu de faire impression sur un immeuble dès l'instant qu'il entre dans le patrimoine du débiteur. Mais, puis qu'il n'en est pas de même selon le nouveau Code, et qu'il ne peut jamais arriver qu'un vendeur ou copartageant soient primés par des hypothèques générales antérieures, il n'était plus nécessaire de leur accorder un privilége; une hypothèque légale était suffisante.

Il est résulté de là qu'en définitive, et sans qu'on l'ait d'ailleurs cherché, la théorie italienne sur les causes de préférence entre créanciers se trouve tout à fait en rapport avec le vrai caractère juridique des priviléges et des hypothèques.

En effet, le point de départ de toute doctrine sur ce point, c'est que le privilége est une cause de préférence résultant *uniquement* de la qualité de la créance. Or, lorsqu'il s'agit d'immeubles, subordonner, comme sous le Code Napoléon, l'efficacité du privilége à la formalité d'une inscription, c'est en réalité ne plus tenir compte du caractère de la créance,

et confondre à peu près, du moins en fait, le privilége avec l'hypothèque. Sans doute, on pourra alléguer que, pour la vente, c'est la transcription qui crée le privilége en même temps qu'elle le rend public; que, pour le copartageant, l'inscription prise en temps utile rétroagit toujours, de manière à ce que le privilége produise ses effets à partir du jour de la créance; mais, même en acceptant tous ces palliatifs, il sera toujours vrai de dire en droit français, que l'utilité d'un privilége ne dépend pas uniquement de la qualité de la créance, puisqu'il faut, de plus, l'accomplissement d'une formalité extérieure. Mais en Italie le droit pratique se trouve mis en ce point en parfaite harmonie avec les données abstraites de la théorie; il résulte en effet de l'économie du nouveau Code que les priviléges, lorsqu'ils portent sur des immeubles, n'ont jamais besoin pour produire leur effet utile d'être rendus publics par une inscription quelconque; que la seule qualité de la créance, considérée en elle-même, suffit pour la faire admettre à son rang avant les créances hypothécaires.

Le système italien devait donc avoir pour résultat immédiat de restreindre beaucoup le nombre des priviléges, et de faire passer dans la classe des créances garanties par une hypothèque légale un certain nombre de créances que le Code Napoléon a classées parmi les priviléges proprement dits sur les immeubles.

La loi italienne, en fait de créances privilégiées sur les immeubles, ne reconnaît en effet que les suivantes :

1° Les frais de poursuite, d'expropriation et d'ordre (art. 1961);

2° La créance de l'État pour l'impôt foncier de l'année courante et de l'année précédente, y compris les contribu-

tions communales et municipales, sur tous les immeubles des contribuables situés dans le territoire de la commune où l'impôt est perçu ;

3° Les créances de l'État pour droits d'enregistrement ou autre contribution indirecte, seulement sur les immeubles qui y ont donné lieu, et sans que ce privilége puisse préjudicier aux droits réels acquis aux tiers avant la mutation qui a donné ouverture à la perception du droit (art. 1962).

Telles sont les seules créances auxquelles appartient proprement la qualité de privilégiées sur les immeubles, et qui, à ce titre, sont préférées aux créances simplement hypothécaires, sans avoir besoin d'être soumises à la formalité de l'inscription.

Nous laisserons de côté ce qui a trait aux priviléges, soit généraux, soit spéciaux sur les meubles, parce qu'il n'y a pas eu, en cette matière, d'innovation bien saillante, sauf qu'il n'est jamais question de concours entre plusieurs priviléges, mais qu'un ordre de préférence est rigoureusement déterminé pour chacun d'eux. — Nous mentionnerons seulement que le privilége du bailleur sur les fruits de l'année, et tout ce qui garnit la ferme ou sert à son exploitation, a été maintenu. Nous le remarquons parce que certains économistes ont violemment attaqué ce privilége qui leur paraît compromettant pour le crédit du fermier ; car, disent-ils, il empêche un fermier *peu aisé* de se procurer à crédit les diverses choses nécessaires à une bonne exploitation ; en conséquence il faut abolir le privilége du bailleur... Qu'en résultera-t-il ? C'est qu'un agriculteur *peu aisé* ne sera nulle part accepté comme fermier.

III. Quant à l'hypothèque, le principe général, c'est, comme nous l'avons vu, qu'elle ne peut produire d'effet qu'à la condition d'avoir été rendue publique (art. 1965). Et c'est parmi les créanciers dont les droits sont garantis par une hypothèque légale que sont placés le vendeur ou aliénateur quelconque et le copartageant, ainsi que l'État, à raison des frais de justice dus en matière pénale (art. 1969).

Le système que nous venons d'exposer est beaucoup plus simple que celui qui a été suivi par le Code Napoléon, et qui a pour effet de soumettre certains priviléges sur les immeubles à la nécessité d'une inscription. Sans doute, au fond, il n'y a pas grande différence ; et peu importe, ce semble, que les droits du vendeur, par exemple, soient assurés au moyen d'une garantie appelée privilége ou hypothèque, si dans tous les cas une inscription est nécessaire. Cependant, quoiqu'il ne s'agisse en apparence que d'une question de mots, il n'est pas indifférent d'adopter telle ou telle terminologie. Et il est certain que la théorie de la loi est plus facile à formuler en articles, plus aisée à comprendre et à expliquer, lorsqu'il est admis qu'il n'est jamais question d'inscription pour les priviléges, et que toutes les hypothèques, soit légales, soit conventionnelles, soit judiciaires, sont régies par des règles à peu près identiques.

IV. Au sujet de l'hypothèque, mentionnons d'abord qu'indépendamment des choses qui, d'après le Code Napoléon, sont susceptibles d'hypothèques, le Code italien considère en outre comme pouvant être hypothéqués, les droits du bailleur à emphytéose et de l'emphytéote lui-même, et enfin les

rentes sur l'État, moyennant l'observation des formalités prescrites par les lois spéciales (art. 1967). Cette dernière solution est de la plus haute gravité. Pour en bien comprendre la portée, il nous faudrait connaître toutes les lois particulières qui ont trait en Italie à la dette publique. N'est-il pas manifeste, en effet, que le principe de l'insaisissabilité des rentes, de tout temps considéré, du moins en France, comme l'une des bases du crédit de l'État, se trouve radicalement détruit par la disposition qui déclare les rentes sur l'État susceptibles d'hypothèques ? Elles pourront donc être saisies et vendues ? Et si elles peuvent être grevées d'un droit réel spécial au profit d'un créancier, il faut nécessairement reconnaître qu'elles deviennent de plein droit, avec tout le reste du patrimoine, le gage commun de tous les créanciers... Par conséquent il faut les déclarer saisissables purement et simplement. Les lois particulières vont-elles jusque-là ? C'est ce que nous ne saurions affirmer, mais nous serions naturellement porté à supposer la négative.

V. Les hypothèques sont divisées, comme chez nous, en hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles. Le principe général qui domine la matière, c'est que : *l'hypothèque n'a pas d'effet tant qu'elle n'a pas été rendue publique* (art. 1965).

Les hypothèques légales sont les suivantes :

1° Celles du vendeur ou de celui qui a aliéné une chose, n'importe à quel titre, pour sûreté des obligations dérivant de l'acte d'aliénation;

2° Des cohéritiers, associés ou autres copartageants;

3° Des mineurs et interdits;

4° De la femme mariée;

5° De l'État, sur les biens du condamné, pour le recouvrement des divers frais de justice en matière pénale. Cette dernière hypothèque est légale parce qu'elle peut être inscrite même avant la condamnation et en vertu du mandat d'arrêt. Cette hypothèque profite aussi à la partie civile pour sûreté des dommages alloués par la sentence; mais la loi ajoute que les frais de défense sont toutefois préférés aux frais de justice et aux dommages (art. 1869). Toutes ces dispositions sont fort heureusement inspirées et d'une évidente utilité pratique. On sait, en effet, que, lorsqu'un individu ayant quelque fortune est poursuivi pour un crime dans des circonstances qui rendent une condamnation probable, son premier soin, après son arrestation, est de mettre sa fortune à l'abri de l'action du fisc et de celle de la partie civile.

Pour l'hypothèque conventionnelle, nous remarquons qu'elle peut être établie aussi bien par acte sous seing privé que par acte public (art. 1978). La nécessité d'un acte public est en général justifiée par cette considération qu'il est bon d'empêcher que les hypothèques ne soient consenties légèrement, et que ce résultat sera obtenu si on exige l'intervention d'un notaire, lequel pourra éclairer le débiteur sur les graves conséquences de l'hypothèque. Nous doutons singulièrement de l'efficacité du moyen employé. Aussi ne voyons-nous aucun inconvénient dans l'innovation consacrée par le Code italien, alors surtout que cette innovation se trouve, par le fait, réduite à bien peu de chose. L'article 1989 décide en effet que l'inscription d'une hypothèque consentie par acte privé ne peut avoir lieu que si la signa-

ture du débiteur a été certifiée par un notaire ou reconnue en justice.

Nous avons vu que, selon le Code italien, toutes les hypothèques sans exception sont soumises à la nécessité d'une inscription. Il ne suffisait pas de poser le principe, il fallait encore en organiser l'application ; les rédacteurs du nouveau Code ont trouvé dans les lois antérieures les bases d'un système pouvant fonctionner avec une simplicité extrême.

L'hypothèque légale de la femme, dit l'article 1982, *devra* être inscrite par les soins du mari et du notaire dans le délai de vingt jours à compter de la date du contrat de mariage ; elle *pourra* aussi être inscrite à la requête de celui qui a constitué la dot, ou de la femme.

Quant à l'hypothèque légale des mineurs et interdits, elle devra être inscrite dans les vingt jours de la délibération du conseil de famille relative à la caution que doit donner le tuteur, et ce, par les soins du tuteur, du protuteur et du greffier qui a assisté à la délibération (art. 1983).

Si les personnes chargées de prendre les inscriptions dont il vient d'être parlé ne l'ont pas fait dans le délai voulu, elles seront, le cas échéant, tenues de tous dommages-intérêts et passibles d'une amende qui pourra être portée jusqu'à mille francs.

Enfin, pour ce qui a trait à l'hypothèque légale du vendeur, le conservateur des hypothèques est tenu de l'inscrire d'office quand l'acte d'aliénation lui est remis pour être transcrit.

Tel est le système peu compliqué à l'aide duquel le Code italien a réalisé la publicité la plus complète qu'on puisse désirer en matière d'hypothèques. Ce système est évidem-

ment supérieur à la pratique française, même en tenant compte des améliorations introduites par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. Il a de plus le grand avantage de rendre complétement inutile cette purge des hypothèques légales dispensées d'inscription qui absorbe chaque année en France des sommes si considérables, et qui est, dans la pratique, une source de difficultés toujours les mêmes et reparaissant toujours.

VI. Le système de publicité dont nous venons d'esquisser les bases, a pour complément dans le Code italien la spécialité de toutes les hypothèques sans exception. La loi italienne a admis en effet que la *généralité* pouvait s'attacher au titre de l'hypothèque, mais jamais à l'inscription qui doit toujours être *spéciale*.

Cette conception est-elle bien en harmonie avec la vraie situation des choses? Nous ne le pensons pas. Toutes les défectuosités du régime hypothécaire tiennent uniquement en effet à la difficulté de bien distinguer les immeubles hypothéqués de ceux qui ne le sont pas. — Or, d'où provient cette difficulté? — N'est-ce pas de la présence des hypothèques spéciales!... Si toutes les hypothèques étaient ou pouvaient être générales, il y aurait une cause d'erreur, et la plus grave, qui serait radicalement supprimée. Jamais il ne pourrait y avoir de difficulté pour savoir si telle parcelle appartenant à un débiteur est grevée au profit de tel créancier ou ne l'est pas. Il n'y aurait pas lieu à ventilation du prix des immeubles, et rien ne serait plus facile que de déterminer le rang de chaque créancier. Ces considérations sont assez puissantes pour nous engager

à soumettre à un nouvel examen le principe de la spécialité des hypothèques qui forme la base de notre système hypothécaire, et qui est le trait caractéristique du système italien.

La notion de la *spécialité* est si fortement enracinée dans les esprits, qu'elle est en quelque sorte passée à l'état de dogme; aussi est-on facilement disposé à l'accepter sans discussion, et même sans réflexion. Voyons cependant quelle est sa véritable valeur.

D'après M. Mourlon, qui reproduit sur ce point les idées de M. Troplong et les opinions généralement admises, les avantages de la spécialité sont au nombre de trois, ni plus ni moins :

« 1° Si l'hypothèque générale eût été permise, elle eût été très-souvent accordée par les débiteurs qui, presque toujours, subissent la loi des créanciers, en sorte qu'un seul emprunt eût ruiné le crédit de l'emprunteur. La spécialité favorise donc le crédit des débiteurs, et par suite le crédit public.

2° La loi a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur les mêmes immeubles; car plus il y a de créanciers en conflit, plus les ordres sont difficiles et dispendieux.

3° La spécialité favorise la publicité de l'hypothèque; elle est même un des éléments de cette publicité [1]. »

Tels sont les seuls motifs qui ont fait décréter la spécialité des hypothèques conventionnelles; voyons s'ils présentent quelque chose de sérieux :

[1] Mourlon, 3e examen, p. 557 (4e édit.).

1er motif. *Si l'hypothèque pouvait être générale, le crédit du débiteur pourrait être ruiné par un seul emprunt.*

Il est impossible de formuler une assertion plus inexacte. Remarquons d'abord qu'un propriétaire peut, d'un seul coup, hypothéquer spécialement tous les immeubles qu'il possède actuellement. Or, s'il n'acquiert plus tard aucun autre immeuble, il importe fort peu que les immeubles qu'il possède déjà soient tous grevés en vertu d'une hypothèque appelée générale ou en vertu d'une hypothèque appelée spéciale ; sa situation sera la même dans les deux cas, et les mots différents dont on pourra se servir n'auront pas la puissance de la modifier.

Supposons maintenant qu'après avoir hypothéqué spécialement tous ses immeubles actuels, le débiteur devienne propriétaire de nouveaux immeubles..... Ce sera à titre onéreux ou à titre gratuit. — S'il est devenu propriétaire à titre onéreux, il eût été plus sage de sa part d'employer son argent à désintéresser son créancier à due concurrence et à dégréver les biens qu'il possédait déjà ; à moins qu'on n'admette qu'il a acheté à crédit, auquel cas l'immeuble n'est entré dans son patrimoine que grevé du privilége du vendeur. S'il a acquis à titre gratuit ou s'il a payé son acquisition, son crédit doit positivement augmenter, puisque les garanties qui avaient paru suffisantes au premier créancier sont augmentées de toute la valeur des nouveaux immeubles.

Mais, dit-on, s'il veut contracter un nouvel emprunt, il ne le pourra pas à cause de la première hypothèque que l'on peut supposer générale... Et pourquoi ne le pourrait-il pas ? Cela se voit tous les jours. Supposons une créance de 10,000 francs, garantie par une hypothèque générale sur

tous les biens présents et à venir d'un débiteur qui possède actuellement un immeuble de 200,000 francs. Cette hypothèque, qui est générale, ne nuira pas plus à son crédit que si elle était spéciale. Supposons, au contraire, que le même débiteur ne possède actuellement qu'un immeuble de 15,000 francs, et que l'hypothèque qui le grève, au lieu d'être générale, soit spéciale... Cette hypothèque, quoique spéciale, absorbera son crédit ni plus ni moins que si elle était générale. La vérité est que le crédit d'un débiteur ne saurait être influencé en aucune façon par la généralité ou la spécialité des hypothèques; le crédit a sa mesure dans la valeur actuelle des immeubles offerts en hypothèque, comparée avec l'importance des créances déjà garanties par des hypothèques antérieures, peu importe que les hypothèques existant déjà soient générales ou spéciales. — Ce ne sont pas les hypothèques générales qui nuisent au crédit, ce sont les hypothèques dont les causes sont inconnues et indéterminées. Qu'on ne dise pas que les créanciers abuseront de leur position pour arracher au débiteur des concessions d'hypothèque générale; d'abord, quand cela serait, le crédit du débiteur n'en souffrirait pas; et, en second lieu, cela existe déjà dans une certaine mesure, même avec la spécialité, puisque le débiteur peut hypothéquer d'un seul coup et spécialement tous les immeubles qu'il possède.

2e motif. *La loi a voulu, pour éviter les frais, empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble.*

Ce but est louable; mais il est chimérique, et la spécialité ne le rend pas plus facile à atteindre. Supposons qu'un domaine valant 200,000 francs soit grevé pour un capital de

100,000 francs, représenté par dix hypothèques spéciales de 10,000 francs chacune, et qu'une parcelle de ce domaine soit aliénée moyennant 2,000 francs ; il est certain que, si les créanciers ne peuvent s'entendre, les frais d'ordre absorberont toute la valeur de la parcelle... La prohibition de consentir des hypothèques générales ne peut exercer aucune espèce d'influence sur un tel résultat. Ce résultat ne pourrait être évité que par la défense faite à tout débiteur dont les immeubles seraient grevés de plusieurs hypothèques, de consentir des aliénations partielles. Or, il est impossible d'aller jusque-là. Mais tout cela prouve qu'il est dérisoire de prohiber la constitution conventionnelle d'hypothèques générales par des motifs ainsi dénués de toute espèce de valeur et qui de plus se contredisent l'un l'autre.

Remarquons, en effet, que le premier motif consistant à dire qu'une hypothèque générale ruinerait le crédit du débiteur, il devrait en résulter, s'il y avait dans cet aperçu quelque chose de sérieux, que la présence d'une hypothèque générale rendrait sinon impossible, au moins fort difficile l'établissement de nouvelles hypothèques. Il faudrait donc reconnaître, d'après le premier motif, que la faculté de concéder des hypothèques générales *aurait au moins pour effet d'empêcher l'accumulation d'un trop grand nombre d'hypothèques sur le même immeuble...* Et voilà qu'on déclare maintenant, dans le second motif, que *la prohibition des hypothèques générales tient surtout à la nécessité d'empêcher cette accumulation d'hypothèques sur le même immeuble...* En vérité, il est difficile d'imaginer des doctrines plus incohérentes.

3e motif. *La spécialité favorise la publicité des hypo-*

thèques et est même un des éléments de cette publicité.

C'est précisément le contraire qui est vrai aujourd'hui ; les principaux inconvénients du régime français ne viennent que de la spécialité, de la facilité de confondre les biens hypothéqués avec ceux qui ne le sont pas, et réciproquement. Dans ce système, la spécialité n'est absolument d'aucun secours pour la sérieuse publicité des hypothèques, puisque le débiteur peut hypothéquer d'un seul coup, et cela se voit tous les jours, tous les immeubles qu'il possède actuellement dans la circonscription du bureau des hypothèques, et qu'alors l'hypothèque spéciale se comporte en fait comme si elle était générale.

Voilà donc à quoi se réduisent les motifs qui ont fait bannir de notre Code les hypothèques générales conventionnelles. N'est-il pas évident que se contenter de pareils motifs, c'est vouloir se payer de mots ; et c'est ce qui arrivera toujours chaque fois que dans une matière purement juridique on se laissera influencer par des considérations prétendues économiques, et la Cour de Nîmes, en 1841, en a donné un exemple frappant. Plusieurs membres de cette Cour avaient pensé, comme nous, que la prohibition des hypothèques générales n'était pas aussi bien justifiée qu'on le disait, et que la *spécialité* était loin de tenir ce qu'elle semblait promettre. Cependant la majorité de la Cour, imbue des préjugés que nous avons déjà réfutés, pensa au contraire :

« Que le principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle était utile à maintenir ; que la spécialité avait le double avantage de donner au créancier toutes les sûretés qu'il était en droit d'exiger, et de permettre au débiteur de conserver par devers lui, libres et affranchies, toutes les

propriétés qui dépasseraient les sûretés nécessaires au prêteur ; *que c'était là un résultat utile, non-seulement dans l'intérêt privé du débiteur, mais encore dans l'intérêt général*, DANS CELUI DE LA FORTUNE PUBLIQUE, QUI EST D'AUTANT PLUS GRANDE QU'IL Y A MOINS DE TERRES ASSERVIES ET GREVÉES D'HYPOTHÈQUES (1).

Cette dernière considération se retrouve au fond de toutes les dissertations qui ont pour but de célébrer les avantages de la spécialité. Or, il n'est pas nécessaire d'un examen bien approfondi pour apercevoir la complète inanité d'une semblable opinion, qui commence par confondre l'étendue du passif avec l'étendue du gage qui en garantit le payement, ce qui est déjà une erreur ; et qui semble croire qu'une hypothèque, parce qu'elle est générale, grèvera une surface nécessairement plus considérable qu'une autre hypothèque qui sera spéciale, ce qui est une nouvelle erreur ; et qui en définitive aboutit à cette incroyable conclusion que *la fortune publique sera plus grande* si les terres sont grevées d'hypothèques spéciales au lieu d'être grevées d'hypothèques générales, *le passif demeurant cependant toujours le même ! !...*

Il est donc vrai que la spécialité ne peut procurer qu'un seul avantage, et nous ne voulons pas le méconnaître : celui de ne pas hypothéquer des immeubles trop considérables [illegible] pour un prêt de médiocre importance. Mais il faut [illegible] que l'hypothèse n'est pas de nature à se présen[illegible], car elle suppose un grand propriétaire dont [illegible]meubles sont libres, et qui cependant, chose assez

(1) [illegible]cuments, t.I, p.68.

thèques et est même un des éléments de cette publicité.

C'est précisément le contraire qui est vrai aujourd'hui ; les principaux inconvénients du régime français ne viennent que de la spécialité, de la facilité de confondre les biens hypothéqués avec ceux qui ne le sont pas, et réciproquement. Dans ce système, la spécialité n'est absolument d'aucun secours pour la sérieuse publicité des hypothèques, puisque le débiteur peut hypothéquer d'un seul coup, et cela se voit tous les jours, tous les immeubles qu'il possède actuellement dans la circonscription du bureau des hypothèques, et qu'alors l'hypothèque spéciale se comporte en fait comme si elle était générale.

Voilà donc à quoi se réduisent les motifs qui ont fait bannir de notre Code les hypothèques générales conventionnelles. N'est-il pas évident que se contenter de pareils motifs, c'est vouloir se payer de mots ; et c'est ce qui arrivera toujours chaque fois que dans une matière purement juridique on se laissera influencer par des considérations prétendues économiques, et la Cour de Nîmes, en 1841, en a donné un exemple frappant. Plusieurs membres de cette Cour avaient pensé, comme nous, que la prohibition des hypothèques générales n'était pas aussi bien justifiée qu'on le disait, et que la *spécialité* était loin de tenir ce qu'elle semblait promettre. Cependant la majorité de la Cour, imbue des préjugés que nous avons déjà réfutés, pensa au contraire :

« Que le principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle était utile à maintenir ; que la spécialité avait le double avantage de donner au créancier toutes les sûretés qu'il était en droit d'exiger, et de permettre au débiteur de conserver par devers lui, libres et affranchies, toutes les

vaient être spéciales ou pouvaient être générales. On agita uniquement le point de savoir si le Code civil devait ou non consacrer le principe de la publicité des hypothèques à l'aide d'une inscription. Quant à la spécialité, elle n'était envisagée que comme un moyen de publicité, et pas du tout comme devant former la base du nouveau système hypothécaire. — Voici, en effet, comment le problème était envisagé à la fois par les partisans de la publicité et par ceux qui tenaient à conserver les anciens usages.

L'hypothèque doit-elle être rendue publique au moyen d'une inscription ? — Si l'on adopte la nécessité de l'inscription, il faut nécessairement que l'inscription contienne : 1° la mention des causes de l'hypothèque ; 2° l'indication des immeubles sur lesquels elle est prise, c'est-à-dire que l'hypothèque doit être *spéciale ;* donc la *spécialité* apparaît comme la conséquence naturelle et forcée de la publicité ; — donc, décréter la *publicité*, c'est en même temps décréter la *spécialité* de l'hypothèque.

Si l'on pense, au contraire, qu'il est bon de maintenir les anciens usages en vigueur avant la loi de brumaire, c'est-à-dire de conserver la clandestinité, il faut alors décider que toute hypothèque pourra être générale...

Voilà comment furent établis les points du débat qui s'éleva lors de la rédaction de notre Code civil. La question de la *spécialité* se présentait donc avec un caractère tout à fait secondaire, et était complétement absorbée dans la question plus générale de la *publicité*.

On sait que le principe de la *publicité*, quoique vivement combattu, triompha dans la discussion ; il fut donc décidé que les hypothèques seraient *publiques* et en même temps

spéciales, sauf les exceptions ou modifications qu'il conviendrait d'admettre.

Or, il faut remarquer que les membres de la commission chargée de préparer le Code civil, les membres du conseil d'État, le premier Consul, en un mot, tous ceux qui, à un titre quelconque, intervinrent dans les nombreuses discussions qui s'établirent, n'avaient des notions exactes et précises que sur la question de *publicité*... Mais le principe de la spécialité ne fut jamais nettement dégagé ; et tous, aussi bien les partisans que les adversaires de la publicité, confondirent toujours la *spécialité* des causes de l'hypothèque, c'est-à-dire la détermination de la créance qu'il s'agissait de garantir, avec la *spécialité* ou détermination des immeubles considérés comme assise de l'hypothèque. Il suffit de lire les travaux préparatoires pour s'en convaincre. En effet, M. Bigot de Préameneu, organe des adversaires de la publicité, parlant des hypothèques légales, des hypothèques judiciaires et des hypothèques dérivant de créances indéterminées, disait :

« Il est bien évident que cette masse énorme d'hypothèques *ne peut pas se spécialiser*, puisqu'elles sont l'accessoire de créances dont il est impossible de fixer le montant avant l'événement qui les déterminera (1). » Chose remarquable ! on rencontre encore la même confusion d'idées après que le principe de la spécialité et de la publicité eut été adopté. Lorsqu'il fut, en effet, question de savoir si ce principe devrait être étendu aux hypothèques légales, on disait, d'après Maleville, pour soutenir la négative :

[1] Maleville, *Analyse raisonnée*, t. IV, p. 194.

« Les inscriptions sont inutiles pour établir la publicité des hypothèques légales, puisque cette publicité existe par la notoriété du mariage et de la tutelle ; la *spécialité* est impossible, puisqu'il s'agit de droits qui ne sont pas encore fixés, et qui peuvent naître d'événements postérieurs (1). »

Il est donc sûr que les rédacteurs du Code Napoléon n'avaient pas des idées parfaitement nettes sur la *spécialité*, et que la spécialité qu'ils avaient en vue n'est pas précisément celle qui se trouve résulter des dispositions qu'ils ont adoptées ; la spécialité, *quant aux immeubles*, a été votée, en définitive, par des législateurs qui croyaient, pour la plupart, consacrer la spécialité *quant à la créance ;* et cette observation nous conduit tout naturellement à parler maintenant d'une autre amélioration qui devrait être le corollaire de la liberté de conférer des hypothèques générales.

VII. Nous voulons parler précisément de la spécialité des créances. Nous avons vu que ce n'est pas la généralité de l'hypothèque qui peut être nuisible au crédit. C'est seulement le vague et l'indétermination des causes de l'hypothèque. Car si nous considérons comme illusoires les prétendus avantages de la *spécialité* de l'hypothèque *quant aux immeubles,* il n'en est pas de même de la *spécialité quant à la créance*, et nous croyons que les hypothèques pour créances indéterminées sont le principal obstacle au développement naturel du crédit. Supposons, en effet, une hypothèque générale pour une créance indéterminée, grevant les biens présents et à venir d'un débiteur possédant actuellement

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, p. 231.

200,000 fr. d'immeubles. N'est-il pas vrai que, quelque restreinte que soit l'importance réelle de la créance, le crédit du débiteur pourra être totalement anéanti, et qu'il lui sera bien difficile, dans une telle position, de contracter un emprunt quelconque ? Supposons, au contraire, la situation demeurant d'ailleurs la même, que cette hypothèque générale, au lieu d'être indéterminée, soit d'une créance fixe de 10,000 fr., par exemple ; il est manifeste que le débiteur trouvera encore facilement à emprunter, comme cela se voit tous les jours. Ce n'est donc pas, on ne saurait trop le répéter, la *généralité* de l'hypothèque qui nuit au crédit, mais seulement l'*indétermination* des causes de l'hypothèque. Que faudrait-il donc pour remédier aux dangers d'une telle situation ?

Deux moyens se présentent :

1° Admettre la possibilité de la restriction des hypothèques quant aux immeubles ;

2° Ordonner l'évaluation de toute créance indéterminée, quelle que soit sa cause.

Il est clair que ce dernier moyen est plus simple et en rapport direct avec le but qu'il s'agit d'atteindre. Il suffirait tout simplement d'ordonner que les causes des hypothèques générales soient forcément évaluées et déterminées. Il faudrait, en un mot, proscrire toute hypothèque qui serait prise pour une créance indéterminée. Si les hypothèques pouvaient toujours être ainsi *spécialisées quant à leur cause*, il n'y aurait presque jamais intérêt à en obtenir la restriction *quant aux immeubles ;* il y aurait au contraire intérêt à ce que cette restriction n'eût pas lieu.

Supposons, en effet, une hypothèque de 10,000 fr., gre-

vant plusieurs immeubles valant ensemble 200,000 fr., qu'arrivera-t-il, si l'on veut procéder à la restriction de cette hypothèque? C'est qu'on la cantonnera sur une valeur d'environ 30,000 fr., et qu'on rendra libres 170,000 fr. d'immeubles. Le propriétaire ne pourra plus désormais offrir comme gage sérieux d'un emprunt à contracter que ces 170,000 fr. d'immeubles... Est-ce que le public n'était pas assez intelligent pour faire lui-même cette restriction? Bien mieux, cette restriction a diminué le crédit du débiteur; car les augmentations de valeur pour les immeubles devant être, en temps ordinaire, considérées comme plus probables que les dépréciations, il est manifeste que, si la restriction n'avait pas été prononcée, le débiteur, en offrant un gage de 200,000 fr., grevé seulement d'une hypothèque pour 10,000 fr., aurait en réalité offert un gage d'une valeur d'environ 180 à 190,000 fr.; tandis que, par l'effet de la restriction, il ne peut plus offrir qu'un gage de 170,000 fr...

Cette observation est si vraie, qu'elle a été présentée par le plus convaincu des partisans de la spécialité, par celui-là même qui fut leur organe. On disait, en effet, à M. Réal : « Votre spécialité n'est qu'une chimère, et elle n'aura jamais qu'une existence nominale, car les créanciers stipuleront toujours des hypothèques excessives, quoique spéciales, et qui grèveront la totalité des biens du débiteur... » Cela est vrai, répondit M. Réal : « *Mais le débiteur ne sera cependant pas plus grevé, parce que l'excédant de valeur des immeubles affectés au delà de la première créance, présentera toujours un gage qu'il pourra toujours offrir à des tiers, en cas de besoin* [1]. » La réponse était fort juste; mais M. Réal

[1] Maleville, *Analyse raisonnée*, t. IV, p. 218.

ne s'apercevait pas qu'elle pouvait être retournée pour détruire les objections formulées contre la *généralité* des hypothèques.

Par conséquent, si toutes les hypothèques eussent été forcément *spécialisées* quant à leur cause, il eût été inutile de s'occuper de leur restriction quant aux immeubles.

Mais les rédacteurs du Code Napoléon en ont décidé autrement.

Ils n'ont exigé l'évaluation par le créancier des causes de l'hypothèque que lorsqu'il s'agirait d'hypothèque conventionnelle pour créance indéterminée (art. 2132 C. N.). Mais s'il s'agit d'inscrire unehypothèque légale ou judiciaire, l'évaluation de la créance indéterminée n'a pas été exigée (art. 2153, n. 3; 2146, n. 4). Il est vrai que l'article 2153 permet, d'une manière générale, de réduire l'évaluation exagérée que le créancier aurait faite lui-même dans l'inscription, soit qu'il s'agisse d'une hypothèque conventionnelle, soit qu'il s'agisse d'une hypothèque légale ou judiciaire; mais comme l'évaluation n'est exigée que dans le cas d'hypothèque conventionnelle, il en résulte qu'elle n'est jamais faite dans les cas d'hypothèque légale et judiciaire, et que, par suite, la réduction quant aux créances n'a jamais lieu pour ces dernières hypothèques. C'est pour remplacer la réduction quant à la créance, jugée impossible à l'égard des hypothèques légales et judiciaires, qu'on a cru nécessaire d'admettre la restriction quant aux immeubles sur lesquels elles portent.

Cette précision nous conduit à rechercher maintenant s'il y a des motifs sérieux pour conserver dans le Code Napoléon des hypothèques pour causes indéterminées.

Nous pensons que le maintien dans le Code d'hypothèques

pour causes indéterminées, dont l'évaluation n'est pas exigée, tient uniquement à un oubli du législateur en ce qui touche les hypothèques judiciaires; et, en ce qui touche les hypothèques légales des femmes mariées, mineurs et interdits, à une appréciation inexacte de la nature des garanties particulières qui leur sont dues.

Étant admis que l'hypothèque constitue la garantie la plus sérieuse qui puisse être accordée à un créancier, voici comment se posait la question :

Convient-il que la loi accorde de plein droit aux incapables une hypothèque sur les biens du mari ou tuteur?

Oui, évidemment.

Faut-il subordonner cette hypothèque à une inscription?

C'est selon; s'il est possible d'assurer la prise de l'inscription, il faut répondre oui; on peut répondre non, dans le cas contraire.

Tels sont les termes auxquels il faut nécessairement réduire la faveur accordée par la loi aux incapables. Or, cette faveur est déjà assez grande ; n'oublions pas qu'elle consiste dans l'attribution d'une hypothèque qui, sans la volonté de la loi, n'existerait pas; et, en second lieu, du moins sous l'empire du Code Napoléon, dans la dispense de rendre cette hypothèque publique par l'inscription, sauf pour quelques cas particuliers.

Mais convient-il d'aller encore plus loin, et de ruiner le crédit privé en tolérant que de pareilles hypothèques conservent des droits qui seraient laissés indéterminés?... La négative ne saurait faire le moindre doute, alors surtout qu'il y a exagération évidente à considérer l'hypothèque légale comme une garantie nécessaire et absolue des droits des incapables.

Si cela était vrai, en effet, il faudrait décider que les citoyens qui n'ont pas des immeubles suffisants libres d'hypothèques seraient exclus de la tutelle. Or, cela ne se peut pas. Donc, pour le mineur, la garantie résultant de l'hypothèque légale n'est en fait qu'un accident. Il en est un peu de même pour la femme, si le mari n'a pas d'immeubles. Que l'on cesse donc de considérer l'hypothèque légale comme étant la garantie indispensable des droits des incapables. Et puisqu'un citoyen pourrait être tuteur sans avoir d'immeubles, quel inconvénient y aurait-il, quand il a des immeubles, à déterminer, *au regard des tiers*, l'importance des créances éventuelles garanties par l'hypothèque légale?... La Cour de Bastia disait avec infiniment de raison : « Il ne suffit pas que l'hypothèque légale perde son caractère tacite et occulte; si elle conservait son caractère indéterminé, l'inscription forcée ne serait que le véhicule d'une publicité équivoque et ferait planer sur les fortunes qu'elle grèverait des charges douteuses et d'une évaluation hérissée de difficultés [1]. »

VIII. Il faudrait donc que toutes les hypothèques légales et judiciaires fussent, comme les autres, déterminées quant à leurs causes. C'est ce qui a été admirablement compris par le Code italien qui, tout en adoptant la spécialité comme base du régime hypothécaire, n'a pas cependant reproduit le système hybride du Code Napoléon.

Les rédacteurs du Code italien ont en effet nettement distingué entre la spécialité de l'hypothèque *quant aux immeubles*, et la spécialité *quant aux créances*. Comme ils considé-

[1] *Documents*, t. II, p. 203.

raient la spécialité de l'hypothèque comme la condition nécessaire de la publicité, ils ont décrété la spécialité *quant aux immeubles*. Mais ils ont aussi décrété la spécialité *quant aux créances*. Le régime italien est donc bien supérieur au régime français, quoiqu'il ait adopté une base que nous croyons fort contestable.

Le Code italien a cependant conservé des hypothèques qu'on pourrait appeler *générales*. Mais la *généralité* dont il s'agit s'attache seulement au *titre* en vertu duquel existe le droit hypothécaire, et non à l'*inscription* qui ne peut jamais être que spéciale.

Ainsi, l'hypothèque judiciaire, d'après l'article 1986, peut sans doute être inscrite sur chacun des immeubles appartenant au débiteur ; mais, à l'égard de ceux qui ont été acquis par ce dernier depuis la condamnation, l'inscription ne peut être prise qu'au fur et à mesure des acquisitions.

L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit a été aussi spécialisée quant aux immeubles sur lesquels elle doit porter. Ainsi, lorsque le tuteur n'offre pas une caution, le conseil de famille, dans sa première réunion, décide quels sont les biens du tuteur sur lesquels devra être inscrite l'hypothèque légale (art. 292, § 3) ; — et dans le cours de la tutelle, il peut étendre cette inscription sur d'autres immeubles, la restreindre, ou même en autoriser la radiation (art. 293, § 2).

L'hypothèque légale est également spécialisée par l'article 1969, — 4° aux termes duquel : Lorsque l'hypothèque n'a pas été limitée par le contrat de mariage lui-même sur certains immeubles déterminés, elle porte sur tous les immeubles possédés par le mari au moment de la constitution de la dot ; quant aux sommes dotales provenant de succession ou do-

nation, elles n'entraînent hypothèque du jour de l'ouverture de la succession, ou de la donation, que sur les biens possédés à ce moment par le mari.

Voilà pour la spécialité *quant aux immeubles.*

La spécialité *quant aux créances* est assurée d'abord par le principe général de l'article 1965, portant qu'il ne peut exister d'hypothèque que pour les valeurs déterminées en argent, et enfin par l'article 1992 qui décide d'une manière générale, que l'inscription d'une hypothèque ne peut avoir lieu que pour une somme d'argent déterminée soit dans l'acte constitutif de l'hypothèque, ou établissant la créance, soit dans un acte postérieur. Néanmoins, à défaut d'une telle détermination, elle pourrait être faite par le créancier lui-même dans le bordereau d'inscription, sauf le droit pour le débiteur de demander la réduction en cas d'excès (art. 2026).

IX. Ainsi organisé, le système italien se présente, comme nous l'avons dit, avec un caractère d'unité remarquable ; et sous le rapport de la publicité, on peut le considérer comme irréprochable. Mais l'écueil d'un tel régime se trouve dans les difficultés pratiques de son mode de fonctionnement. On sait en effet combien les renseignements fournis par les registres hypothécaires présentent peu de garantie de certitude, soit quant à la désignation des personnes, soit quant à la désignation des parcelles hypothéquées. Un état de choses aussi défectueux tient surtout à la *spécialité* et aux erreurs si faciles à commettre sur l'identité des immeubles. Pour remédier à de tels inconvénients, on a proposé la réunion du cadastre à la conservation des hypothèques.

« Transportons-nous, disait M. Bonjean, dans l'un de ces

pays où la conservation du cadastre est unie à celle des hypothèques, en Hollande, par exemple, et voyons comment les choses s'y passent : là, un compte est ouvert, non comme chez nous, aux personnes changeantes et variables des propriétaires, mais à chaque propriété désignée par son numéro cadastral : on y réunit tous les éléments qui fixent la situation hypothécaire de cette parcelle. Pour être complétement renseigné, il me suffit d'indiquer au conservateur le numéro de la parcelle qui m'intéresse. Le conservateur, de son côté, n'est pas obligé de fouiller de nombreux registres ; il ouvre son registre au folio consacré à la parcelle indiquée, et à l'instant même, sans peine, sans danger de se tromper, il me délivre, pour une modique rétribution, un état qui m'apprend tout ce que j'ai intérêt à savoir : la contenance de la parcelle, sa nature, le revenu imposable, l'impôt qu'elle a à payer, la série complète de tous les propriétaires, auxquels la parcelle a successivement appartenu, et les hypothèques dont elle a été grevée du chef de chacun d'eux [1]. »

Nous avons donné ailleurs les raisons pour lesquelles un tel système serait impraticable en France [2] ; il serait aussi impraticable en Italie ; il l'est même en Hollande, où l'on a été obligé de l'abandonner à peu près dans la pratique, en attendant qu'une loi, encore en préparation, croyons-nous, ait rétabli les choses sur les bases d'une complète séparation entre le cadastre et les hypothèques.

Mais est-ce à dire pour cela qu'on ne peut tirer aucun profit du cadastre pour le perfectionnement du régime hypo-

[1] Discours précité, p. 43.
[2] Voy. notre *Étude sur le régime hypothécaire*. Toulouse, 1867.

thécaire ? Loin de là ; seulement il ne faut demander au cadastre que ce qu'il peut donner. Or on lui a demandé de devenir : 1° le titre de toutes les propriétés ; 2° le miroir reproduisant d'une manière instantanée toutes les mutations. Cela est manifestement impossible, quand même tous les renseignements qu'est censé fournir le cadastre seraient toujours d'une exactitude parfaite. Or on sait qu'il n'y a rien de plus incertain que les énonciations cadastrales, soit quant à la nature des parcelles et à leur contenance, soit quant aux noms des propriétaires. Il est donc impossible d'utiliser en aucune façon le cadastre quant aux indications qu'il présente.

Mais le cadastre, considéré uniquement comme une opération ayant pour résultat de découper le sol de toutes les communes en un certain nombre de parcelles portant, chacune, un numéro distinctif, peut au contraire être d'un puissant secours ; il peut, à ce point de vue, fournir le moyen de désigner, avec impossibilité de confusion, les parcelles hypothéquées.

Il ne faut donc emprunter au cadastre que le numéro parcellaire, et cet emprunt unique, utilisé convenablement, peut réaliser, d'après nous, la réforme hypothécaire.

Étant donnée une parcelle portant, par exemple, le numéro 150 de la section J d'une commune, peu importe qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas la contenance indiquée dans la matrice cadastrale, qu'elle ne présente pas la culture désignée, etc., cela sera tout à fait indifférent. L'essentiel, c'est qu'elle porte le numéro 150 et qu'on ne puisse jamais la confondre avec les numéros voisins, quoique les parcelles voisines puissent être, en fait, désignées dans la localité par le même nom, et qu'elles soient possédées par un homonyme.

X. Il faudrait donc que toute inscription d'hypothèque spéciale contînt l'indication du numéro cadastral de toutes les parcelles hypothéquées et ne produisît aucun effet quant aux parcelles dont les numéros ne seraient pas reproduits. C'est ce qui a été heureusement décidé par le Code italien qui prescrit l'énonciation du numéro cadastral dans l'acte constitutif d'hypothèque (art. 1979) et dans le bordereau d'inscription (art. 1987).

Mais il faudrait de plus mettre en harmonie avec cette prescription, les diverses dispositions de loi relatives à la désignation des biens et droits susceptibles d'hypothèques.

Ainsi, il faudrait exiger la mention, sous peine d'amende, dans tout acte constitutif ou translatif de droit réel, du numéro cadastral de chacune des parcelles y désignées. L'amende devrait être perçue lors de l'enregistrement de la minute ou de l'original sous seing privé.

Il faudrait décider de plus que le receveur de l'enregistrement ne pourrait remettre aux parties l'acte irrégulier qui lui aurait été soumis, que moyennant la représentation qui lui serait faite d'un extrait de la matrice cadastrale, ou d'une expédition d'un acte authentique se référant aux mêmes immeubles, et qui lui indiquerait les numéros de chaque parcelle. Alors, en relatant en marge ou au bas de l'acte la mention de l'enregistrement et de l'amende, il serait tenu d'indiquer que les parcelles dont il est parlé dans l'acte portent les numéros tels et tels de la matrice cadastrale de telle section, de telle commune.

De cette façon les jugements et actes contiendraient toujours les numéros des parcelles ; et si pour une cause quelconque ces numéros avaient été omis dans le corps même de

l'acte, on les retrouverait toujours dans la mention de l'enregistrement. Ces numéros seraient reproduits dans les inscriptions hypothécaires, ils devraient être indiqués dans toutes les réquisitions adressées au bureau des hypothèques, et il suffirait de l'observation rigoureuse d'une telle disposition pour rendre impossible toute confusion entre les parcelles. Or, l'impossibilité de confondre les parcelles entraîne comme conséquence rigoureuse l'impossibilité de confondre les personnes.

Supposons, en effet, que l'on réclame un état des inscriptions grevant les maison, champ et vigne situés dans telle commune et appartenant à Jean-Pierre ; s'il y a dans la commune deux propriétaires ayant le même nom et ayant chacun une maison, un champ et une vigne, le conservateur pourra aisément se tromper ; mais si la réquisition contient le numéro cadastral de la maison, du champ et de la vigne, le conservateur sera éclairé par les numéros qui ne peuvent convenir à d'autres parcelles, et qui seront reproduits dans la teneur des inscriptions ; il ne pourra donc pas confondre les parcelles, et par suite il ne pourra pas prendre un propriétaire pour un autre.

Le système qui aurait pour base l'indication généralisée des numéros parcellaires nous dispenserait donc de recourir à l'utopie dangereuse qui consisterait à remplacer les registres alphabétiques tenus par noms des débiteurs, au moyen de registres impersonnels de parcelles où serait ouvert un compte à chaque parcelle.

§ 13.

I. Du régime hypothécaire (suite); — Ses défectuosités ; — Du renouvellement des inscriptions.
II. Du concours des hypothèques grevant un seul immeuble avec des hypothèques grevant plusieurs immeubles.
III. De l'extinction des hypothèques par la prescription.
IV. De la purge.
V. Droit de vue des inscriptions.
VI. De la séparation des patrimoines.
VII. Abolition de la contrainte par corps.
VIII. De la prescription.
IX. Conclusion.

I. Le système italien contient donc le germe des améliorations, qui seules peuvent atténuer, autant qu'il se peut, les inconvénients de la spécialité. — Il est seulement fâcheux que quelques défectuosités de détail puissent encore être signalées.

La principale est l'effet rétroactif de l'inscription prise par les créanciers séparatistes (art. 2062).

Une autre fort grave résulte de la dispense de renouveler pendant le mariage l'inscription prise pour sûreté de la dot (art. 2004). Une telle dispense ne saurait être justifiée dans un système qui soumet l'hypothèque de la femme aux conditions ordinaires de publicité. Elle aura pour résultat d'obliger à remonter à de longues années en arrière dans les recherches sur la situation hypothécaire de l'immeuble [1]. Il en est de même de la disposition par laquelle le nouveau Code a décidé que l'inscription conservait pendant trente ans le droit hypothécaire, et qu'il n'était nécessaire de la renouveler

[1] Voy. Curcio, p. 16.

qu'avant l'expiration des trente années à compter de sa date (art. 2001). Cette innovation malheureuse pourra entraîner dans la pratique les inconvénients les plus considérables. On voit, en effet, très-fréquemment, lorsque le créancier a donné mainlevée de son hypothèque, le débiteur, pour éviter les frais de radiation, se résigner à attendre la péremption naturelle de l'inscription. L'inscription continue, en conséquence, de grever en apparence l'immeuble, quoiqu'en réalité l'hypothèque n'existe plus. La même chose avait lieu souvent en France, au moins autrefois, à l'égard des ordonnances de radiation rendues par les juges commissaires à suite des ordres définitifs. Aussi il arrivait souvent que lorsqu'un état des inscriptions grevant un immeuble déterminé était réclamé, cet état, au lieu de présenter la véritable situation hypothécaire de l'immeuble, était grossi par des inscriptions nombreuses se référant à des hypothèques éteintes, et dont la radiation n'avait pas été effectuée. Sans doute, il était bien facile au propriétaire de rétablir la vérité de la situation en produisant les actes de mainlevée qui étaient entre ses mains ; mais en attendant, une somme quelquefois très-forte avait été dépensée en pure perte pour obtenir un état des inscriptions tout à fait mensonger. Or, cet inconvénient existait déjà et existe encore dans une certaine mesure en France, quoiqu'il suffise d'une période décennale pour anéantir toutes les inscriptions non renouvelées ; il est certain que ce même inconvénient se produira avec une intensité qui sera précisément trois fois plus forte, s'il faut trente ans au lieu de dix ans pour faire évanouir les inscriptions hypothécaires. Les juristes italiens, dont le sens pratique est si justement célèbre,

ne pouvaient pas, évidemment, ignorer ces conséquences probables et même certaines de la solution qu'ils adoptaient. Comment donc se fait-il qu'ils n'aient pas préféré n'accorder de valeur à l'inscription que pendant une période décennale? Nous croyons qu'ils étaient tout à fait absorbés par la préoccupation d'une autre question, fort importante aussi, et en vue de laquelle ils ont cru nécessaire de maintenir pendant trente ans les effets de l'inscription. Ils se proposaient, en effet, comme nous allons le voir, de supprimer l'extinction de l'hypothèque par l'effet de la prescription de dix ou vingt ans accomplie au profit du tiers détenteur, et c'est probablement en vue de cette décision, qu'ils ont ainsi prorogé pendant trente ans l'effet conservatoire de l'inscription. Quoi qu'il en soit, et pour terminer ce qui a trait au renouvellement des inscriptions, nous devons mentionner que l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée conserve son effet, sans renouvellement, pendant toute la durée du mariage, et même pendant l'année qui suit sa dissolution (art. 2004).

II. Le rang des hypothèques entre elles est naturellement fixé par la date des inscriptions. Mais comment fallait-il régler le cas célèbre du concours des hypothèques spéciales avec des hypothèques générales, ou plutôt des hypothèques grevant un seul immeuble avec des hypothèques grevant en outre d'autres immeubles? Le Code italien a prévu la difficulté, et l'a tranchée de la manière suivante par l'article 2011, ainsi conçu :

« *Le créancier ayant hypothèque sur un ou plusieurs immeubles, et qui n'est pas payé sur le prix de ces immeubles à cause de la préférence due à un créancier antérieur dont*

l'hypothèque s'étend encore sur d'autres biens, est subrogé de plein droit à l'hypothèque de ce créancier désintéressé, et peut faire mentionner cette subrogation en marge de l'inscription de ce dernier, à l'effet d'exercer l'action hypothécaire sur ses autres biens, et d'être préféré sur le prix d'iceux aux créanciers postérieurs à son inscription. Le même droit appartient aux créanciers non payés par l'effet de cette subrogation. La présente disposition est applicable aux créanciers non entièrement payés par l'effet du privilége général appartenant à l'État pour la rentrée de l'impôt. »

Cette solution, empruntée au Code sarde, rend impossibles les manœuvres par lesquelles un créancier ayant une hypothèque générale pourrait chercher à abuser de sa position vis-à-vis des créanciers postérieurs n'ayant que des hypothèques spéciales.

Il convient de rapprocher de la disposition qu'on vient de lire, celle de l'article 2087 qui en forme le complément.

« Art. 2087. *Le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles ne peut plus, après avoir reçu la notification afin de purge, ou la notification du placard de vente, en cas de saisie, renoncer à son hypothèque sur l'un de ces immeubles, ou s'abstenir volontairement de produire dans l'ordre, en vue de favoriser un créancier au préjudice d'un autre antérieurement inscrit, et ce à peine de dommages.* »

Il serait heureux que des dispositions analogues fussent insérées dans le Code français, car, dans l'état actuel des choses, il est quelquefois difficile, dans les ordres, de donner satisfaction aux exigences de l'équité.

III. Nous devons maintenant parler de l'extinction des

hypothèques. Le Code Napoléon, partant de cette idée que le tiers acquéreur de bonne foi d'un immeuble qu'il ne sait pas être hypothéqué, doit obtenir par l'usucapion de dix ou vingt ans le dégrèvement de son fonds, et que les renouvellements d'inscriptions ne peuvent être considérés comme des actes interruptifs de prescription, décide, par l'article 2180, § 4, que la prescription est acquise au tiers détenteur par le temps réglé pour l'usucapion de la propriété à son profit. Cette solution est incontestablement conforme aux principes ; cependant il est impossible de méconnaître les iniquités qu'elle peut entraîner. Voilà, en effet, un créancier qui ignore l'aliénation faite par son débiteur de l'immeuble hypothéqué ; il aura toujours soin de renouveler son inscription ; nonobstant la vente, les intérêts continueront de lui être régulièrement payés, et puis un jour viendra où tout à coup le paiement sera interrompu, où il découvrira que son débiteur est insolvable, que l'immeuble qui avait été affecté à la sûreté de sa créance, et sur lequel il comptait, est depuis plus de dix ans entre les mains d'un tiers détenteur, et que, par l'effet d'une prescription acquisitive accomplie au profit de ce dernier, son hypothèque a disparu !... Ce résultat n'est-il pas vraiment odieux?... Aussi les rédacteurs du Code italien, bien loin de le sanctionner, ont cherché à l'éviter ; voyons si le moyen employé est bien juridique.

L'article 2130 du Code italien est ainsi rédigé :

« *Les hypothèques s'éteignent par l'effet de la prescription, laquelle, à l'égard des biens possédés par le débiteur, s'accomplit en même temps que la prescription de la créance, et, à l'égard des biens possédés par un tiers détenteur, s'accomplit aussi par le délai de trente ans, confor-*

mément aux règles contenues au titre de la Prescription. »

Nous remarquerons d'abord que, d'après les *règles contenues au titre de la Prescription*, l'extinction de l'hypothèque devrait résulter de la prescription de dix ans dans le cas où le tiers détenteur aurait possédé avec juste titre et bonne foi, et qu'elle ne pourrait résulter d'une prescription de trente ans qu'en l'absence de la bonne foi ou du juste titre. Par conséquent, de deux choses l'une : ou les rédacteurs du Code italien ont persisté à croire, d'après les données les plus sûres de la doctrine qui n'a jamais varié à cet égard, que l'hypothèque disparaissait par l'effet indirect d'une prescription *acquisitive* consommée au profit du tiers détenteur ; et alors, en fixant toujours à trente ans le délai de cette prescription, ils ont méconnu les règles mêmes de la matière ; ou bien, ce qui est plus probable, ils ont voulu dire que désormais l'hypothèque ne s'éteindrait plus que par l'effet direct d'une prescription *libératoire* soumise au délai ordinaire de trente années, et alors on peut les accuser d'avoir méconnu le vrai caractère de l'action hypothécaire, qui est d'être une action *réelle*.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que le moyen le plus simple de mettre le créancier à l'abri des effets d'une prescription qu'il ignore presque toujours, était de déclarer : 1° que les inscriptions hypothécaires devraient être renouvelées tous les dix ans avant l'expiration de chaque période décennale ; 2° que le renouvellement serait de plein droit interruptif de prescription. Il faut reconnaître, en effet, que si le Code Napoléon a décidé, dans l'article 2180, que le renouvellement des inscriptions n'interrompait pas le cours de la prescription, c'est par suite de notions rigoureuses et

même peu exactes sur le caractère essentiel des actes interruptifs de prescription.

On était, en effet, parti de cette idée qu'un acte interruptif de prescription doit nécessairement contenir une interpellation personnelle, directement adressée à celui contre qui la prescription doit être interrompue. Et comme l'inscription prise au bureau des hypothèques ne peut aucunement contenir une telle interpellation, on a décidé qu'elle ne pourrait jamais interrompre la prescription.

La base de ce raisonnement est fausse : d'abord dans le droit romain classique, il n'existait pas de modes civils d'interruption de l'usucapion ; l'action en revendication n'avait pas pour effet, comme on le sait, d'interrompre le cours de l'usucapion, et c'était seulement par l'*arbitrium judicis* que le demandeur était restitué contre les effets d'une usucapion qui s'était accomplie pendant la durée de l'instance. L'usucapion ne pouvait être interrompue que par l'interruption *naturelle* de la possession. La théorie des modes *civils* d'interruption n'a été introduite dans le droit que sous l'influence des principes relatifs à la *præscriptio longi temporis ;* et alors, pourvu qu'un acte civil quelconque démontrât d'une manière non équivoque l'intention où était le propriétaire d'exercer son droit, la loi put attacher à cet acte un effet interruptif. Or, en fait, il arriva que le préteur n'attribua un effet interruptif qu'à des actes constituant une véritable interpellation adressée au débiteur ou au possesseur, et on s'habitua dès lors à considérer l'interruption civile de la prescription comme ne pouvant résulter que d'une interpellation personnelle et directe. Les Codes modernes ont reproduit ce point de vue exagéré, tandis qu'il suffisait d'exiger

que l'acte interruptif montrât clairement la volonté de ne pas abandonner le droit dont on était investi.

On ne peut pas, en effet, demander à l'interruption civile plus qu'à l'interruption naturelle ; or, l'interruption naturelle ne contient aucune espèce d'interpellation.

IV. Nous n'avons plus que deux remarques à faire pour terminer ce qui a trait au régime hypothécaire. La première est relative à la purge, qui a toujours pour objet, comme on l'a vu, des hypothèques inscrites. « *L'acquéreur,* dit l'article 2042, *n'est pas admis à procéder à la purge tant qu'il n'a pas au préalable fait inscrire, dans l'intérêt de la masse des créanciers du vendeur, l'hypothèque légale garantissant le prix de vente.* » Cette disposition est des plus heureuses : elle empêchera souvent les créanciers du vendeur d'être victimes de l'indifférence coupable de leur débiteur, qui ne voudra peut-être prendre aucune espèce d'intérêt aux suites d'une vente dont il ne pourra pas toucher le prix.

V. La seconde remarque est relative au *droit de vue* qui existait dans les anciennes provinces, et que le nouveau Code a eu le tort de conserver. Les citoyens qui veulent consulter les registres des hypothèques ne sont pas tenus, comme en France, de requérir la délivrance d'un état des inscriptions ; ils peuvent, s'ils le préfèrent, demander la *vue* ou l'*inspection* des registres, qui sont mis alors à leur disposition, mais sans pouvoir en prendre copie (art. 2066).

Cette faculté accordée au public d'aller consulter matériellement les registres eux-mêmes paraît contraire aux principes de la *conservation* des hypothèques ; et les inconvénients

qui en résulteront seront singulièrement aggravés sous l'empire du nouveau Code, puisque les registres devront *durer trente années*. Il faut, de plus, reconnaître que la publicité des hypothèques n'a été réellement édictée qu'en faveur de ceux qui ont un véritable intérêt à connaître la situation hypothécaire d'une personne. L'obligation de payer les frais, peut-être assez élevés, d'un *état des inscriptions*, arrête les curieux, ceux qui cherchent seulement à pénétrer le secret des affaires d'autrui ; le *droit de vue* maintenu dans le nouveau Code italien, leur donne, au contraire, à cet égard les plus grandes facilités.

VI. Parmi les divers titres du nouveau Code qui ont pour objet l'organisation du régime hypothécaire, il en est un spécialement consacré à la *séparation des patrimoines*. La séparation des patrimoines est un des sujets qui prêtent le plus au développement scientifique d'une théorie, et qui, pour ce motif, sont d'ordinaire le siége de grandes controverses. Les législateurs du Code italien n'ont voulu s'occuper, et avec raison, que des principales, et ont condensé dans quelques articles une réglementation complète de la matière.

Le droit à la séparation des patrimoines doit être exercé dans le délai péremptoire de trois mois à compter du jour de l'ouverture de la succession (art. 2057). A l'égard des meubles, il faut une demande en justice ; à l'égard des immeubles, une inscription (art. 2059, 2060). Pourvu que ces précautions aient été prises dans le délai voulu, les hypothèques inscrites sur les immeubles de l'hérédité dans l'intérêt des créanciers de l'héritier, et les aliénations, même transcrites, des immeubles héréditaires ne pourront, en aucune

façon, préjudicier aux droits des séparatistes (art. 2062).

Il est maintenant observé que l'acceptation de l'hérédité sous bénéfice d'inventaire ne dispense pas les créanciers du défunt et les légataires d'obtenir la séparation des patrimoines (art. 2058); que cette séparation profite seulement à ceux qui l'ont demandée, et ne peut en aucune façon changer leur situation respective quant aux biens du défunt (art. 2063). Toutes les dispositions concernant les hypothèques sont d'ailleurs applicables au bénéfice résultant de la séparation des patrimoines lorsqu'il a été régulièrement inscrit (art. 2065).

Ces indications très-sommaires touchant la séparation des patrimoines, rapprochées de l'ensemble des règles formant le régime hypothécaire, suffisent pour montrer que la principale difficulté que présente la matière en droit français, ne pouvait pas se présenter de la même manière dans le Code italien.

Sous l'empire du Code Napoléon, on se demande, en effet, si la séparation des patrimoines constitue un véritable privilége, ou bien un bénéfice d'un genre particulier.

D'après le Code italien, il ne peut y avoir aucun doute. La séparation des patrimoines n'est pas un privilége ; elle donne seulement lieu à une hypothèque en tant qu'elle s'applique aux immeubles; et l'expiration du délai de trois mois, après le décès, sans inscrire cette hypothèque, entraîne déchéance complète du droit. Par le seul fait de l'expiration de ce délai, les créanciers retardataires sont considérés comme ayant accepté l'héritier pour débiteur. Ce système est d'une extrême simplicité ; il empêche de surgir certaines difficultés assez délicates qui peuvent se présenter si l'on applique le Code Napoléon ; et après un délai assez court, il laisse par-

faitement nette et déterminée la position respective de toutes les parties. Mais d'un autre côté, l'article 2062 décide, comme nous l'avons vu, que l'inscription prise en temps utile par les créanciers séparatistes rétroagit non-seulement au préjudice des hypothèques inscrites du chef de l'héritier, mais encore au préjudice des aliénations même transcrites. Cette solution déjà fort regrettable est encore aggravée par la disposition de l'article 2065, aux termes duquel :

« Toutes les dispositions concernant les hypothèques sont applicables au *lien* dérivant de la séparation des patrimoines régulièrement inscrite sur les immeubles de l'hérédité. »

Il suit de là que, par l'inscription, les créanciers séparatistes deviennent véritablement créanciers hypothécaires, investis d'un véritable droit de suite à l'égard des tiers détenteurs, pouvant faire une surenchère, etc. — Une telle situation faite aux créanciers séparatistes paraît contraire aux principes. A quoi est destinée, en effet, la séparation des patrimoines ? Uniquement à mettre les créanciers à l'abri des effets de la mort du débiteur, à leur conserver tous les avantages qu'ils auraient eus si le débiteur n'était pas mort. Mais la séparation ne peut leur donner rien de plus. Que serait-il arrivé, si le débiteur avait lui-même aliéné l'immeuble de son vivant ? Ses créanciers chirographaires auraient-ils pu agir contre le tiers détenteur, faire une surenchère, etc. ? — Évidemment non ; donc, ce qu'ils n'auraient pas pu faire si le débiteur eût vécu, ils ne peuvent pas le faire après sa mort, puisque la séparation a précisément pour but de conserver aux créanciers la position qu'ils avaient avant la mort du débiteur, et que ce but est atteint par l'effet de la séparation qui est de faire considérer ficti-

vement le débiteur comme encore vivant vis-à-vis de ses créanciers.

VII. La contrainte par corps a été restreinte par la législation italienne (titre XXVII) dans des limites aussi étroites qu'en France, depuis la loi du 22 juillet 1867. Cependant, la suppression de la contrainte par corps en matière ordinaire, civile ou commerciale, est encore loin d'avoir rallié tous les suffrages ; et ce moyen de coercition ne tarderait pas à être rétabli, si certaines influences rétrogrades pouvaient jamais prévaloir.

On sait que la question de la contrainte par corps peut être examinée soit au point de vue théorique, soit au point de vue utilitaire.

Sur le terrain de la théorie pure, la discussion paraît épuisée ; qui pourrait, en effet, sérieusement soutenir que la liberté individuelle peut devenir, comme le patrimoine, le gage d'un créancier?.... Il est vraiment bizarre que la plupart de ceux qui admettent sans difficulté une telle opinion soient du nombre de ces jurisconsultes aimant à se décorer de l'épithète de *spiritualistes*, et mettant toujours en avant le *droit naturel*...

A un point de vue plus positif, il est difficile de justifier la légitimité juridique et l'utilité de la contrainte par corps. Il est de principe, en effet, que les éléments du crédit que peut offrir un débiteur doivent toujours être appréciés par le créancier au moment même où va se former le lien obligatoire par le transfert dans le patrimoine du débiteur d'une valeur appartenant au créancier. Or, il est permis d'affirmer avec la certitude d'être dans le vrai, que jamais, soit

en matière civile, soit en matière commerciale, sauf une seule hypothèse dont nous allons parler, la considération de la contrainte par corps n'a déterminé la réalisation d'un prêt. La possibilité de pouvoir faire éventuellement incarcérer son débiteur n'a jamais augmenté d'une manière quelconque le crédit de ce dernier; le créancier n'a jamais songé à une telle éventualité au moment même où allait se former le lien obligatoire; à ce moment, il se laisse uniquement influencer par le crédit réel du débiteur, ou la confiance personnelle qu'il inspire, ou la bienveillance qu'on a pour lui; si, toutes ces considérations mises de côté, il restait seulement celle relative à la contrainte par corps, bien loin de déterminer le capitaliste à engager ses fonds, elle lui démontrerait l'impossibilité de le faire. Ce n'est que plus tard, lorsque le débiteur ne remplit pas ses engagements, que, pour la première fois, le créancier, à défaut d'autres garanties, pense à la contrainte par corps, qu'il pourra regretter, si la nature de sa créance et de son titre ne lui en confère pas l'exercice, et dont il n'usera presque jamais dans le cas contraire.

Il est donc vrai de dire qu'un moyen de contrainte, dont on ne se préoccupe jamais au moment même de la naissance de l'obligation, ne peut exercer aucune influence sur le crédit du débiteur.

Il est cependant un seul cas où les choses se passent autrement; c'est lorsqu'il s'agit d'un fils de famille n'ayant pas encore de patrimoine propre, et qui, voulant escompter l'avenir, s'adresse aux hommes qui spéculent sur les entraînements de la jeunesse. L'éventualité de l'emprisonnement pour dettes est alors sérieusement envisagée par le créancier

qui, en l'employant, trouvera le moyen d'exploiter indirectement la famille du débiteur. Il est certain que, désormais, il n'en sera plus ainsi : la suppression de la contrainte par corps ruine complétement le crédit des fils de famille impatients de dissiper leur fortune. C'est là un résultat que pourraient seuls regretter les économistes qui aiment par-dessus tout la rapide circulation des richesses, et ne peuvent voir sans douleur des valeurs considérables demeurer à peu près improductives entre les mains de possesseurs sans expérience, sans moralité et sans capacité.

VIII. Il ne nous reste plus, pour terminer notre examen du Code italien, qu'à parler de la prescription, qui ne peut donner lieu qu'à de courtes observations.

L'article 2121 déclare que « *dans le cas de prescription trentenaire, les causes qui empêchent la prescription de courir ou qui la suspendent, n'ont aucun effet à l'égard du tiers possesseur d'un immeuble ou d'un droit réel sur un immeuble.* » Cette disposition, empruntée au Code sarde, est peut-être un peu rigoureuse. D'abord, au point de vue purement scientifique, elle bouleverse la théorie en matière de suspension de prescription. Ainsi, il était reçu que la minorité ou, en général, l'incapacité avait toujours empêché la prescription de courir ; cela ne sera vrai désormais que lorsqu'il s'agira d'une prescription libératoire ou d'une usucapion par dix ans ; au contraire, l'incapacité du propriétaire n'empêchera pas de courir une prescription de trente ans chaque fois qu'il s'agira de l'intérêt d'un tiers détenteur. Cette incessante préoccupation de la situation des *tiers* est évidemment exagérée ; sans doute, il importe que les droits

incertains soient au plus tôt fixés; que la propriété ne demeure pas trop longtemps douteuse; mais il faudrait éviter d'atteindre ce but aux dépens des droits du véritable propriétaire. On opposera, il est vrai, que le propriétaire, pendant la minorité ou l'interdiction duquel on aura laissé la prescription trentenaire s'accomplir, aura son recours contre le tuteur négligent dont la responsabilité aura été ainsi engagée. Mais d'abord ce recours ne sera pas toujours utile, et de plus il manquera quelquefois de base juridique. Le tuteur, en effet, ne saurait être tenu que dans le cas où il y aurait faute de sa part; or, ce cas sera probablement assez rare, et le plus souvent son inaction proviendra de l'ignorance des faits.

Nous remarquons en outre que, d'après l'article 2120, §1, la prescription ne court pas contre les militaires en service actif, en temps de guerre, même quand ils ne sont pas absents du royaume. Il est difficile de voir là autre chose qu'un nouveau vestige de ces priviléges accordés autrefois aux militaires. Car, aujourd'hui, suivant la juste remarque de M. Curcio, grâce aux armes à feu et aux perfectionnements des moyens de destruction, on ne pourra plus revoir des guerres rappelant par leur durée la guerre de Troie [1].

Mais si nous croyons devoir critiquer cette disposition, nous approuvons au contraire beaucoup la décision de l'article 2137, portant que lorsqu'il y a titre et bonne foi, la prescription s'accomplit dans tous les cas par une possession continuée pendant dix années.

Ainsi donc, la prescription par vingt ans a disparu, et il

[1] *Loc. cit.*, p. 38.

n'y a plus de distinction à faire entre les absents et les présents. Cette distinction, qui remonte au droit romain, était parfaitement justifiée en présence de l'organisation donnée aux provinces de l'Empire. Une province comprenait souvent un grand pays tout entier, et par conséquent, au point de vue des délais pour la prescription, il fallait distinguer entre le cas où le possesseur et le propriétaire habitaient la même province et celui où ils habitaient des provinces différentes. Mais aujourd'hui les conditions ne sont plus les mêmes ; on ne peut plus assimiler, comme l'a fait le Code Napoléon, le ressort des Cours d'appel aux anciennes provinces de l'Empire romain. La vapeur et l'électricité ont, en quelque sorte, supprimé l'espace, et quel que soit le lieu où réside le vrai propriétaire, un délai de dix années est bien suffisant pour qu'il puisse invoquer et faire valoir son droit.

IX. Nous voici parvenu au terme de notre exploration ; maintenant on pourra porter un jugement raisonné sur l'ensemble du nouveau Code appelé à régir les populations de la Péninsule italienne. Ce Code n'est qu'une révision indépendante du Code Napoléon en vue des besoins de l'Italie. Mais cette révision est une œuvre vraiment remarquable, surtout par son extraordinaire modération, témoignage d'une grande force. Les éminents rédacteurs du Code italien ont en outre discerné avec une sagacité extrême et un vif sentiment des besoins sociaux, la part qu'il convenait de faire aux nécessités économiques ; mais ils ne se sont pas laissé entraîner par certaines théories imaginées récemment, et qui tous les jours accentuent davantage leur caractère ouvertement ré-

trograde. N'est-il pas certain, en effet, que depuis quelque temps il se produit, sous le couvert de l'*économie politique*, dont la véritable mission serait ainsi compromise, des réclamations étranges, surtout au point de vue juridique ? N'est-il pas manifeste que ces réclamations ne tendraient à rien moins qu'à bouleverser notre Code Napoléon, à supprimer la notion de la *justice*, pour la remplacer toujours par celle de l'*utile* et arriver ainsi à la reconstitution indirecte des vieux priviléges !...

Cependant, en envisageant le côté économique du Code italien spécialement au point de vue de l'indépendance des volontés individuelles, il semblerait qu'il n'a pas toujours été inspiré par le même esprit dans toutes ses parties. Quelquefois, en effet, il accorde une liberté complète à la volonté privée ; d'autres fois, il la gêne par des restrictions que ne réclame pas la justice.

Sous le rapport scientifique, le nouveau Code italien présente une importance incontestable. Il a résumé, en effet, pour chaque matière juridique, et le plus souvent d'une manière heureuse, les principaux et les meilleurs résultats de l'action combinée de la doctrine et de la jurisprudence. Les matières de l'autorisation maritale, des servitudes, des successions, du régime hypothécaire, peuvent, malgré quelques défectuosités de détail, être proposées comme modèles aux futurs législateurs des autres pays de l'Europe. Enfin, la loi nouvelle ne contient aucune disposition qui blesse l'équité ou qui consacre un privilége. Pour tout dire en un mot, elle est digne d'un peuple libre.

Nous avons improuvé quelquefois certaines dispositions;

nous avons au contraire donné au plus grand nombre une adhésion entière ; mais notre sympathie pour l'Italie nous a toujours permis d'apporter dans nos appréciations l'indépendance la plus complète. Nous nous serions senti plus gêné, si notre sympathie eût été moins vive !...

TABLE DES MATIÈRES

Pages.
AVERTISSEMENT..... V
PRÉFACE..... VII

PREMIÈRE PARTIE.

PREMIER LIVRE DU CODE ITALIEN.

§ 1.

I. Historique de la rédaction du Code civil italien..... 1

§ 2.

I. Description générale du Code italien..... 10

§ 3.

I. Dispositions générales. — De la publication des lois..... 16
II. Des meubles et immeubles appartenant à des étrangers..... 18
III. Règle : *Locus regit actum*..... 21

§ 4.

I. Liv. Ier. *Des personnes*. — *Du* STATUS CIVITATIS (Cittadinanza), sa nature 22
II. Condition des étrangers..... 25
III. De l'enfant né à l'étranger d'un père qui a perdu sa nationalité.... 27
IV. De l'Italienne qui épouse un étranger, et *vice versâ*..... 27
V. Perte de la nationalité italienne. — Le recouvrement de cette nationalité ou son acquisition n'ont jamais lieu que pour l'avenir. 29
VI. Du domicile et de l'absence..... 31
VII. De la parenté et de l'alliance..... 32

§ 5.

I. Du mariage. — Des promesses de mariage.....
II. Sécularisation du mariage; — abandon de la sanction écrite dans les articles 199 et 200 du Code pénal français..... 35
III. Du mariage des prêtres..... 49
IV. De quelques incapacités spéciales..... 52
V. De l'impuissance..... 53
VI. Nullité du mariage de l'interdit..... 53
VII. Théorie de l'erreur en matière de mariage..... 55
VIII. Rigidité louable de la législation française sur le mariage..... 61
IX. De l'empêchement prohibitif résultant du délai de viduité..... 63
X. De l'autorisation maritale..... 66
XI. De l'indissolubilité du mariage: — question du divorce..... 74
XII. De la séparation de corps judiciaire..... 80
XIII. De la séparation de corps volontaire..... 82

6.

I. De la filiation. — Du désaveu de paternité..... 85
II. Des enfants nés hors mariage..... 87
III. De la légitimation des enfants naturels..... 88
IV. De l'adoption..... 91
V. De la puissance paternelle. — Des devoirs des parents..... 93
VI. De l'administration légale des père et mère quant aux biens de leurs enfants..... 99
VII. De la tutelle et de l'interdiction..... 103
VIII. De la curatelle du faible d'esprit et du prodigue..... 107
IX. Des registres des tutelles et curatelles..... 112
X. Des actes de l'état civil..... 112

DEUXIÈME PARTIE.

SECOND LIVRE DU CODE ITALIEN.

§ 1.

I. Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent; — Des biens vacants et sans maître; — De la propriété littéraire, etc. 114
II Du droit d'accession; — Des alluvions et atterrissements; — De la propriété du lit des cours d'eau..... 124

III. De l'usufruit..... 130
IV. De la vente d'un usufruit..... 131
V. Des baux faits par l'usufruitier..... 133
VI. Des améliorations faites par l'usufruitier..... 138
VII. Des réparations faites à la chose grevée d'usufruit..... 139

§ 2.

I. Des servitudes en général..... 142
II. Critique de la division des servitudes en servitudes légales et servitudes dérivant du fait de l'homme..... 143

§ 3.

I. De la communion ou communauté..... 145
II. Des droits individuels des communistes..... 146
III. De la faculté de se retirer en matière de communauté de pâture.. 148
IV. Des choses communes dont le partage ne peut être demandé..... 149

§ 4.

I. De la possession. — Définition..... 152
II. Possession des choses non susceptibles de propriété privée..... 153
III. Théorie des actions possessoires..... 156
IV. Les actions possessoires sont-elles admises en matière de possession des meubles ?..... 156
V. Solution affirmative pour la réintégrande..... 157
VI. Même solution pour la dénonciation de nouvel œuvre ; justification de cette solution..... 157
VII. *Quid* en matière de complainte ? — De la distinction entre les universalités de meubles et les meubles isolés. — Cette distinction doit être rejetée, et la complainte admise dans tous les cas. 158
VIII. Des améliorations faites à la chose par le possesseur..... 160
IX. De la règle : *En fait de meubles, possession vaut titre*..... 164

TROISIÈME PARTIE.

TROISIÈME LIVRE DU CODE ITALIEN.

§ 1.

I. Objet du troisième livre..... 166
II. Principes fondamentaux de la dévolution des biens par succession. 167
III. Des incapacités de succéder. — *Quid* des étrangers ? De ceux qui ont fait vœu de pauvreté..... 172
IV. De l'indignité..... 175

V. Des divers ordres de succession. — Droits des père et mère..... 180
VI. Du concours des père et mère avec les frères ou sœurs..... 181
VII. Vocation des ascendants, des frères et sœurs et des collatéraux. 182
VIII. Suppression de la fente entre les lignes paternelle et maternelle. 183
IX. Situation respective des frères germains, consanguins et utérins.. 187
X. Limitation au 10e degré du droit de succéder, et suppression du *retour légal*..... 188
XI. Résumé..... 189

§ 2.

I. Vocation à une part héréditaire de l'enfant naturel reconnu en concours avec des enfants légitimes du défunt, ou ses ascendants ou son conjoint..... 190
II. L'enfant naturel reconnu exclut les collatéraux..... 192
III. Succession de l'enfant naturel..... 192
IV. Droits du conjoint survivant..... 193
V. Vocation de l'État..... 196

§ 3.

I. Succession testamentaire. — Extension de la capacité de recevoir. 198
II. De la réserve et de la liberté de tester..... 199
III. Fondement juridique de la réserve..... 200
IV. Objections contre la réserve; — Réfutation..... 205
V. Avantages de la réserve..... 209
VI. La quotité de la réserve doit-elle être fixe ou dépendre du nombre des réservataires?..... 210
VII. Règlement de la réserve, soit à l'égard des parents légitimes, soit à l'égard des enfants naturels, soit à l'égard du conjoint survivant. 211

§ 4.

I. Des dispositions testamentaires. — Maintien nécessaire dans le droit moderne de la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*..... 215
II. Capacité de tester du mineur..... 219
III. Des conditions contraires aux lois ou aux mœurs..... 220
IV. Révocation des legs pour cause de survenance d'enfants..... 225
V. Extension aux legs de la représentation..... 226
VI. Suppression radicale des substitutions..... 227

§ 5.

I. Ouverture des successions — Théorie des *commorientes*..... 229
II. Acceptation; — Répudiation..... 230

III. Du partage; — Abolition du *Retrait successoral*..... 231
IV. Des rapports; — Les libéralités faites aux descendants sont seules sujettes au rapport..... 232
V. Les legs adressés à un successible sont dispensés du rapport..... 233
VI. Le rapport ou la réduction ont lieu en moins prenant autant que cela est possible..... 234

§ 6.

I. Des donations. — De la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, et de sa prétendue influence sur certaines solutions du droit moderne. 236
II. Suite; — De l'irrévocabilité des donations; — sa véritable signification..... 238
III. Suite; — Des donations de biens à venir; en quel sens prohibées.. 239
IV. Suite; — Des donations sous condition potestative; en quel sens prohibées..... 240
V. Le Code italien a eu raison de reproduire, sur tous ces points, la doctrine du Code Napoléon..... 242
VI. Prohibition louable des libéralités entre époux..... 243
VII. Révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.... 244

§ 7.

I. Des obligations. — Le Code italien ne présente pas en cette matière de notables innovations. — De l'erreur de droit dans les contrats..... 246
II. Du terme. — Du paiement et de la subrogation..... 251
III. Des actions en nullité et en rescision..... 253
IV. De la preuve. — La preuve écrite est préférée à la preuve testimoniale..... 254
V. Suppression de la formalité des doubles écrits dans les actes relatifs à des conventions synallagmatiques..... 255
VI. De l'inutilité et de l'immoralité du serment *in litem*..... 256

§ 8.

I. Du contrat de mariage. — Le Code italien ne reconnaît pas de régime légal..... 258
II. Cette absence de régime légal est louable en Italie..... 259
III. Du régime dotal; inaliénabilité de la dot..... 262
IV. Du régime de la communauté; entraves apportées dans ce régime à la liberté des parties..... 264

§ 9.

I. Des contrats. — Du contrat de vente..... 266
II. Des ventes entre époux..... 266

III. Nullité de la vente de la chose d'autrui. — Caractère de cette nullité..... 269
IV. Du pacte de rachat..... 272
V. Rescision de la vente pour cause de lésion..... 272
VI. Du transport des créances..... 274
VII. Du retrait litigieux..... 275

§ 10.

I. De l'emphytéose..... 276
II. Du louage ; restrictions regrettables édictées à l'égard de ce contrat..... 279
III. Des contestations en matière de bail verbal ; dérogation aux articles 1715 et 1716 du Code Napoléon..... 282
IV. De l'affirmation du maître..... 282
V. Du bail à colonat..... 285
VI. Des autres contrats ; — suppression de l'article 1975 en matière de rente viagère..... 287
VII. Du contrat d'assurance..... 288
VIII. Du prêt à intérêt. — Liberté absolue quant à la fixation du taux de l'intérêt heureusement proclamée par le Code italien..... 294

§ 11.

I. De la transcription. — Base rationnelle et juridique de la publicité des droits réels..... 299
II. Actes soumis à la formalité de la transcription..... 303
III. Extension de la transcription aux demandes en révocation ou résolution..... 304
IV. Critique de ce système..... 306

§ 12.

I. Du régime hypothécaire ; — ne pas le confondre avec l'organisation du crédit foncier..... 310
II. Bases du système italien ; — Conséquences par rapport aux priviléges sur les immeubles..... 319
III. Des hypothèques..... 324
IV. Choses susceptibles d'hypothèques..... 324
V. Des hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles..... 325
VI. Toutes les hypothèques sont *spéciales;* — Examen critique des prétendus avantages de la spécialité *quant aux immeubles*..... 328
VII. De la spécialité *quant aux créances* garanties par une hypothèque. 338
VIII. Comment cette double *spécialité* a été organisée par la loi italienne..... 343
IX. Du genre d'utilité qu'on pourrait retirer du cadastre pour le perfectionnement du régime hypothécaire..... 345

§ 13.

Du régime hypothécaire (suite) ; — Ses défectuosités ; — Du renouvellement des inscriptions..... 350
II. Du concours des hypothèques grevant un seul immeuble avec des hypothèques grevant plusieurs immeubles..... 352
III. De l'extinction des hypothèques par la prescription..... 353
IV. De la purge..... 357
V. Droit de vue des inscriptions..... 357
VI. De la séparation des patrimoines..... 358
VII. Abolition de la contrainte par corps..... 361
VIII. De la prescription..... 363
IX. Conclusion..... 365

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

CORBEIL, typ. et stér. de CRÉTÉ.

P.